

# L'*imperium* de l'arbitre<sup>1</sup>

David CHEKROUN

*Professeur assistant de droit à ESCP-EAP*

RESUME. — Il est enseigné que le juge étatique, dispose de la *jurisdictio*, le pouvoir de dire le droit, et de l'*imperium*, le pouvoir de commandement. À l'inverse, on indique que l'arbitre, juge privé est dépourvu de l'*imperium* car il ne peut faire appel à la force publique pour contraindre les litigants.

Cependant, l'idée selon laquelle l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium* doit être nuancée car l'*imperium* s'entend de plusieurs déclinaisons : *imperium mixtum*, *imperium merum* et *imperium summum*. Exprimant la contrainte exercée par un organe de contrainte, l'*imperium summum* est un instrument de la souveraineté territoriale de l'État. L'*imperium merum* est le pouvoir le plus absolu à la disposition du juge étatique. En revanche, l'*imperium mixtum* qui exprime l'injonction intellectuelle ne suppose aucun pouvoir de contrainte matérielle. Cette dernière parcelle d'*imperium* n'est pas un monopole d'État et peut revenir dans une certaine mesure à l'arbitre.

L'opération par laquelle l'arbitre se trouve doté de cette parcelle d'*imperium* procède d'une articulation entre l'autorisation implicite des parties et la reconnaissance expresse des États.

Ainsi, issu concurremment d'une autorisation implicite des parties et d'une reconnaissance expresse des États intéressés, l'*imperium* de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des États.

Mots-clés : *imperium*, souveraineté, juge étatique, arbitre

1. « Majestueusement drapé dans sa formulation latine, l'*imperium* apparaît comme un concept paradoxal »<sup>2</sup>. Paradoxal pourrait-on poursuivre, au point d'honorer l'État<sup>3</sup>, de gratifier le juge<sup>4</sup>, de dégrader l'arbitre<sup>5</sup> et d'ignorer le

1 Pour une analyse plus complète v. notre thèse : D. Chekroun, *L'imperium de l'arbitre*, Thèse Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008 sous la direction de E. Jeuland.

2 Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 245.

3 J. Salmon (dir.), V° « *Imperium* », *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant AUF, 2001 p. 513 ; G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz (rééd.), 2004 p. 358 ; F. Gaffiot, V° « *Imperium* », *Dictionnaire latin-français*, le grand Gaffiot, Hachette, éd. rev. et augm. 2000.

4 G. Cornu (dir.), V° « *imperium* » in *Vocabulaire juridique*, publ. Association Henri Capitant, Quadriga PUF 2004, p. 448 ; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien 11<sup>e</sup> éd. 2004, p. 59 n°62 ; Th. Clay, V° « *imperium* » in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (dir.), PUF 2004, p. 611.

5 G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF (Thémis-droit privé), 3<sup>e</sup> éd. 1996, spéc. p. 61 et 63 ; D. Cohen, « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. droit*, t. 41, 1997 p. 149, spéc. p. 154 ; Ch. Jarrosson, « Arbitrage et juridiction », *Droits*, n°9, 1989, p. 110 et s.

médiateur<sup>6</sup>. En effet, il est traditionnellement enseigné que l'État, disposant du monopole de la violence légitime conserve jalousement l'*imperium*. Il est tout aussi indiqué que le juge, émanation de l'État, dispose de la *jurisdictio*, le pouvoir de dire le droit, et de l'*imperium*, le pouvoir de commandement, qui se traduit concrètement par l'apposition de la formule exécutoire à la fin du jugement. À l'inverse, on indique que l'arbitre, personne privée, est dépourvu de l'*imperium*, ou encore que ce juge conventionnel doit faire appel à la force publique pour contraindre les litigants à exécuter la sentence arbitrale<sup>7</sup>. Enfin, ne pouvant prétendre à la *jurisdictio*<sup>8</sup>, le médiateur ne peut tout naturellement qu'être exclu de la liste sélective des dépositaires de l'*imperium*.

Ainsi, l'arbitre se singularise vis-à-vis du juge étatique par sa nature à la fois juridictionnelle et contractuelle. Par la fonction juridictionnelle, l'arbitre tranche un litige né ou à naître, incorporé dans une sentence arbitrale assimilée à un jugement, dépourvue toutefois de force exécutoire, qu'elle n'acquiert qu'à travers la procédure d'*exequatur*. Mais sa mission est d'origine contractuelle, en ce qu'elle trouve sa source dans la seule convention d'arbitrage, et non dans une investiture conférée par l'autorité étatique et concrétisée en France par l'expression d'*imperium*.

L'affirmation selon laquelle l'arbitre n'est pas titulaire de l'*imperium* ne doit pas être contestée de prime abord car « *imperium* » et « arbitre » semblent exprimer des idées radicalement opposées. Née à Rome, la notion d'*imperium* a été pensée véritablement par Bodin<sup>9</sup> et s'apparente à l'exercice concret de la souveraineté<sup>10</sup>. C'est en ce sens que Mme Kriegel<sup>11</sup> a démontré que l'État français s'est construit à partir de l'*imperium*, qui renvoie à l'exercice de l'autorité souveraine. Le recours à l'*imperium* permet ainsi d'expliquer pourquoi la France a opté pour le choix d'un « État administratif » au détriment d'un « État de justice » comme en Angleterre. De ce point de vue l'*imperium* peut se définir comme : « l'État sans le droit ». Également romaine<sup>12</sup>, la notion d'arbitre peut se définir comme « personne investie par une convention d'arbitrage de la mission de trancher un litige déterminé »<sup>13</sup>. Ainsi, à l'égal du juge, l'arbitre rend la justice, mais contrairement au juge,

6 E. Jeuland, *Droit processuel*, LGDJ 2007, p. 343 n° 392.

7 R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien 11<sup>e</sup> éd. 2004, p. 59 n°62.

8 La *jurisdictio*, fonction juridictionnelle dont l'arbitre est conventionnellement investi permet de caractériser l'arbitrage par rapport aux autres hypothèses dans lesquelles les parties font appel à un tiers pour résoudre un différend : B. Oppetit, « Arbitrage, Médiation et conciliation », *Rev. arb.* 1984.307.

9 S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF, 1989 p. 86.

10 V. F. C. Petit, *La Responsabilité du chef d'État*, thèse en cours, Université Paris V sous la direction de J.-F. Prévost.

11 Bl. Barret-Kriegel, *Les Chemins de l'État*, Calmann-Lévy, 1986 ; Bl. Kriegel, *Philosophie de la République*, Plon, 1998.

12 M. Humbert, B. de Loynes de Fumichon, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.* 2003.285.

13 G. Cornu (dir.), V<sup>o</sup> « *imperium* » in *Vocabulaire juridique*, publ. Association Henri Capitant, Quadrige PUF 2004, p. 68.

l'arbitre dit le droit sans que l'État soit véritablement impliqué. En d'autres termes, l'arbitre exprime l'idée d'une justice sans l'État ou plus simplement : « le droit sans l'État ».

2. Cependant, l'idée selon laquelle l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium* doit être nuancée en raison d'une confusion liée, d'une part, à l'histoire de la notion, et d'autre part, à la polysémie du terme. Historiquement, l'*imperium* apparaît comme une notion générique qui s'entend de plusieurs déclinaisons façonnées à partir de l'époque romaine jusqu'à notre période moderne. *Imperium* n'est pas unique mais pluriel, n'est pas figé mais évolutif. *Imperium* est donc le produit des différentes évolutions et révolutions de l'histoire des idées<sup>14</sup> et des hommes.

À Rome, l'*imperium* était la forme la plus haute du pouvoir public. Il s'opposait en cela au pouvoir inférieur des tribuns et des petits magistrats. Détenir l'*imperium*, c'est exercer une activité politique et administrative. Toutefois, lorsque nous nous intéressons au droit judiciaire romain, nous découvrons que l'*imperium* opère une mutation d'ordre juridictionnel et se décline progressivement sous la forme de *jurisdictio*, d'*imperium mixtum*, d'*imperium merum*. Cette déclinaison nous sera particulièrement utile pour sérier la notion d'*imperium* de l'arbitre. Le droit processuel romain<sup>15</sup> se caractérise par la concurrence et la succession de plusieurs procédures. Ainsi distingue-t-on les actions de la loi, la procédure formulaire et la procédure extraordinaire. Toutefois, même si ces procédures se sont chevauchées au cours des mille ans du droit romain, on distingue aisément deux périodes. La première se termine au Bas Empire et organise un système dual dans lequel *imperium* désigne alors un instrument conféré à certains magistrats pour organiser les rapports entre individus. La seconde débute au Bas Empire<sup>16</sup>, et définit une procédure unitaire qui transforme l'*imperium*. Il est alors transmis au juge et correspond à une fonction judiciarisée.

Polysémique et pluriel, l'*imperium* s'affirme différemment en fonction de son titulaire. Aussi existe-t-il un *imperium* d'État, un *imperium* du régulateur, un *imperium* du juge, un *imperium* du notaire, un *imperium* du maire et un *imperium* de l'huissier. Évidemment, l'arbitre se trouve doté d'une parcelle d'*imperium* qu'il nous importera de déterminer avec précision. Cet *imperium*

14 L'*imperium* s'entend dans un sens différent selon que l'on envisage la notion sous son aspect politique, philosophique, géopolitique, sociologique, littéraire, romanesque ou bien juridique. Vu sous l'angle politique, *imperium* vise le pouvoir absolu du chef : V. notamment M. Faure qui, en se promenant dans le village de Saint-Cirq-Lapopie, évoque son « *imperium* local » ; Emission « les cinq continents » du 25 juin 1995, Notice n° CPC95004236 (unique référence de « *imperium* » dans la base de données INA, *inamedia.fr*). Vu sous l'angle géopolitique, *imperium* évoque l'empire soviétique ou américain : v. notamment, R. Kapuscinski, *Imperium*, 10/18, 1998. Vu sous l'angle romanesque, *imperium* représente la conquête du pouvoir : R. Harris, *Imperium*, Plon, 2006.

15 Pour une présentation : E. Jeuland, *Droit processuel*, LGDJ 2007, p. 45 et s., n° 32 et s.

16 Le Bas Empire est la période de l'histoire de Rome qui couvre les années 192 à 476 après J.-C.

de l'arbitre s'inscrit au sein des quatre catégories processuelles qui débutent avec la *jurisdictio* et se poursuivent avec l'*imperium mixtum* et l'*imperium merum*, puis avec l'*imperium summum*.

Associé tout autant à la souveraineté et à la territorialité des États, l'*imperium merum* est le pouvoir le plus absolu à la disposition du juge étatique. Il s'agit d'un ordre destiné aux litigants et enjoignant aux organes de contrainte de prêter leur concours à l'exécution de l'ordre. En revanche, l'*imperium mixtum* qui exprime l'injonction intellectuelle ne suppose aucun pouvoir de contrainte matérielle ni aucun pouvoir sur les organes de contrainte. Cette dernière parcelle d'*imperium* n'est pas un monopole d'État et n'est donc pas attachée à la souveraineté et à la territorialité. C'est la part d'*imperium* qui, comme nous le démontrerons, revient à l'arbitre.

3. Cette part d'*imperium* présente ainsi un double intérêt en droit de l'arbitrage interne et international.

D'une part, sur le plan pratique, elle permet de définir les mesures qui relèvent du pouvoir de contrainte de l'arbitre, et de proposer une méthode. Il ne s'agira toutefois pas d'étudier les domaines respectifs ou partagés de l'arbitre et du juge étatique dans ces matières ni même la compétence exclusive des tribunaux étatiques car seule nous intéresse la position de l'arbitre. La notion d'*imperium* de l'arbitre est essentielle aux praticiens de l'arbitrage commercial international puisqu'elle détermine un cadre simple, précis et utile portant sur les pouvoirs de l'arbitre lors de l'instance arbitrale et préparant l'exécution de la sentence arbitrale. La notion permet donc de lever les incertitudes nées de la pratique arbitrale et des jurisprudences étatiques. Il s'agira de répondre à plusieurs questions relatives aux pouvoirs de l'arbitre : a-t-il le pouvoir d'assortir ses injonctions d'astreintes ? Dans l'affirmative, est-il compétent pour les liquider ? L'arbitre peut-il prononcer l'exécution provisoire de ses sentences ? Quels sont ses pouvoirs en matière de production forcée d'éléments de preuve ? L'arbitre est-il en mesure d'apposer la formule exécutoire ? Peut-il fixer le lieu de l'arbitrage ou le calendrier des audiences ? Il s'agira ensuite de déterminer la place respective de la volonté des parties, des États et des arbitres, dans la mise en œuvre de ces mesures d'injonction et de commandement : l'accord des parties lie-t-il le tribunal arbitral ? À quelles conditions les États peuvent-ils prêter main-forte à l'ordre du tribunal arbitral ? Les parties peuvent-elles conclure une convention portant sur une mesure relevant de l'instruction de l'affaire contre la volonté des arbitres ? Inversement, le tribunal arbitral peut-il écarter l'accord des parties ? En somme, l'étude a brièvement pour objet de déterminer les pouvoirs de l'arbitre pour organiser le déroulement de l'instance arbitrale et de clarifier ses pouvoirs à l'égard des litigants dans la police du procès arbitral.

D'autre part, sur le plan théorique, l'étude vise à définir la notion d'*imperium* de l'arbitre et à déterminer le régime qui lui est applicable. Il convient au préalable d'analyser la mesure dans laquelle l'arbitre détient l'*imperium*. Or, cette notion étant plurielle, il apparaît nécessaire d'en étudier

les diverses facettes - l'*imperium mixtum*, l'*imperium merum* et l'*imperium summum*, aux côtés de la *jurisdictio* -, mais aussi l'interdépendance entre ces notions. Au-delà de l'étude de leurs contours, celle de l'*imperium* de l'arbitre révèle le rôle de l'État dans la mise en œuvre des pouvoirs d'injonction et de commandement de l'arbitre. Dans quelle mesure les États acceptent-ils de s'effacer au profit des arbitres et des parties ? Inversement, dans quelles circonstances et sous quelles conditions, les États acceptent-ils de soutenir l'arbitre dans sa mission afin de faire prévaloir la bonne administration de la justice privée ? Cette mise à distance des États relève en réalité de la tradition juridique de chaque État à l'égard de la justice privée. Dans la classification proposée par M. Oppetit<sup>17</sup> et visant à classer la place des États par rapport à l'arbitrage, l'auteur distingue trois modèles. Le modèle autoritaire consacre la thèse selon laquelle il n'y a de justice que d'État et l'État détient exclusivement l'activité juridictionnelle. Le modèle libéral autorise l'alternative à la justice publique et organise même les conditions de la coexistence entre ces deux formes de justice. Le modèle mixte reconnaît l'existence de la justice privée mais entend la régir et l'encadrer strictement. L'Angleterre, « État de justice », montre quelques réticences à opter pour le modèle libéral, à libéraliser l'arbitrage et à offrir une alternative trop puissante à la justice commerciale, promue au rang de justice de perfection<sup>18</sup>. À l'opposé la France, « État administratif », a naturellement une justice alternative acceptant de s'effacer au profit des parties et de l'arbitre. C'est dans ce cadre que ce dernier va pouvoir s'octroyer un *imperium* renforcé.

4. Au terme de ces quelques remarques, nous souhaiterions lever une ambiguïté. En effet, une partie de la doctrine considère que l'arbitre n'est pas titulaire de l'*imperium merum* mais dispose de l'*imperium mixtum*. Notre hypothèse est que l'arbitre n'a pas tout l'*imperium mixtum*. Lui échappe toute une série de mesures au rang desquelles les mesures *ex parte* car son *imperium* est fondé et limité par l'autorisation des parties et la reconnaissance des États. Aussi proposerons-nous une définition de l'*imperium* de l'arbitre, dont l'objet est de guider la pratique de l'arbitrage dans sa recherche d'une frontière établie entre les mesures que peut ordonner l'arbitre au titre de son pouvoir propre d'injonction et de commandement (il s'agit d'une variante de l'*imperium mixtum*), d'une part, et celles qui ne peuvent être ordonnées que par le juge

17 B. Oppetit, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices* 1995, p. 53 et s.

18 Nous remarquerons l'attitude de défiance où, à tout le moins de méfiance, de l'Angleterre à l'égard de l'arbitrage. Pour un exemple de la croyance des juges anglais en la suprématie et l'excellence de leur justice commerciale : Lord Denning indiquait dans l'affaire *The Atlantic Star*, [1973] *Q.B.* 364, spéc. p. 381 ; [1972] 3 *All ER* 705 ; [1972] 3 *WLR* 746 : « *No one who comes to these courts asking for justice should come in vain. He must, of course, come in good faith. The right to come here is not confined to Englishmen. It extends to any friendly foreigner. He can seek the aid of our courts if he desires to do so. You may call this "forum shopping" if you please, but if the forum is England it is a good place to shop in, both for quality of goods and the speed of service* ».

étatique (*imperium mixtum et merum*), éventuellement suivi par le concours des organes de contraintes (*imperium summum*).

Ainsi, nous montrerons qu'issu concurremment d'une autorisation implicite des parties et d'une reconnaissance expresse des États intéressés, *imperium* de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des États.

5. Cette définition comprend deux temps, le contenu de *imperium* de l'arbitre et son fondement.

Tout d'abord, *imperium* de l'arbitre est une variante de *imperium mixtum* qui tient compte de certaines spécificités processuelles. S'inscrivant dans le champ des possibles processuels, *imperium* de l'arbitre est interdépendant de la *jurisdictio*, de *imperium merum* et de *imperium summum*. Penser *imperium* de l'arbitre au regard des autres notions, c'est rechercher l'efficacité des pouvoirs injonctifs de l'arbitre au regard de l'exécution de sa décision (I).

Il s'agira ensuite d'étudier l'opération par laquelle l'arbitre se trouve doté de *imperium*. Nous rechercherons alors les fondements de cet *imperium* de l'arbitre qui ne peuvent procéder que de l'articulation entre l'autorisation implicite des parties et la reconnaissance expresse des États (II).

## I. — L'EXISTENCE DE L'IMPERIUM DE L'ARBITRE

6. « Le juge a la *jurisdictio* et *imperium*, l'arbitre ne dispose que de la *jurisdictio* »<sup>19</sup>. L'équation est semble-t-il très claire : détenteurs de la *jurisdictio*, les juges privés et étatiques détiennent conjointement la plénitude de juridiction ; doté de *imperium* par délégation de l'autorité publique, le juge d'État dispose seul du recours à l'appareil de contrainte.

Pour autant, dès le droit romain, un *imperium* mâtiné de *jurisdictio* existe, comme le rappelle Demengeat, constatant que le « magistrat qui a la *jurisdictio* a par là même un certain pouvoir de commandement : c'est *imperium mixtum* »<sup>20</sup>. Dès lors, on peut avec Jousse<sup>21</sup> distinguer entre d'une part, les magistrats qui détenaient un droit de puissance publique, le *judex gladii* dont le principal effet était de condamner souverainement et sans appel, et d'autre part, les magistrats qui n'avaient que la puissance mêlée de juridiction ou le *mixtum imperium*.

19 Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage, op. cit.*, n°183 p. 104. E. Gaillard, *J.-Cl. de droit international* Fasc 586-8-2, 1994 p. 13 n° 56 : « les arbitres étant dépourvus d'*imperium*, leurs injonctions n'ont pas la même efficacité que celles des juridictions étatiques ».

20 Ch. Demengeat, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, 3<sup>e</sup> éd. 1876, t. 2, p. 543.

21 D. Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, 1771, vol. 1, p.12.

L'*imperium* de l'arbitre a d'abord été nié (A), avant d'être consacré (B).

A. — *La négation historique de l'imperium de l'arbitre*

7. En droit public l'*imperium* recouvre deux critères : la souveraineté et la territorialité. Or en consacrant l'*imperium*, l'État va fixer une double limite aux pouvoirs des juges étrangers et des arbitres. En droit privé la doctrine a prolongé la notion née du droit public en sous-entendant, que n'étant pas dépositaire de cette souveraineté territoriale, l'arbitre ne pouvait pas se voir conférer l'*imperium*.

La souveraineté renvoie à la puissance de l'État qui détient le monopole de la coercition légitime. MM. Combacau et Sur affirment à cet effet que « la puissance suprême de l'État se définit en droit interne comme le plus grand degré possible de supériorité de son titulaire sur ceux qui lui sont soumis, qui comporte le pouvoir de briser la résistance aussi bien de ses sujets que de ses rivaux en puissance, les uns et les autres subordonnés »<sup>22</sup>. Seul l'État garantit l'effectivité des règles juridiques quels qu'en soient les auteurs directs en faisant sanctionner par ses tribunaux leur violation éventuelle. Il lui revient d'imposer éventuellement les sanctions dont l'exécution est garantie par la contrainte. C'est en ce sens que, titulaire exclusif de la violence légitime, l'État confère la force exécutoire aux actes étrangers. Ainsi l'*exequatur* est-il sollicité chaque fois que la décision étrangère donne lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens.

Le territoire quant à lui, fixe le cadre à l'intérieur duquel l'État exerce son pouvoir de commandement à titre exclusif. Cette vocation territoriale de l'*imperium* de l'État est une vérité d'évidence<sup>23</sup> et pourtant il n'en a pas toujours été ainsi<sup>24</sup>. Ce principe de territorialité permet à chaque État de se prévaloir d'un double monopole vis-à-vis de tous les autres États : l'exercice d'actes de contrainte physique sur son territoire, et le fonctionnement de son réseau d'autorités et de juridictions. Plus précisément, ce principe légitime la compétence des États dans leur domaine territorial. Il limite l'exercice du pouvoir de contrainte des États, dont l'exercice exclusif revient aux autorités étatiques seules habilitées à exercer une contrainte sur leur territoire national. Ainsi, en raison du caractère coercitif des injonctions émanant des autorités ou des juridictions étatiques, les tribunaux d'un État ne peuvent siéger sur le territoire d'un autre État sans l'accord de ce dernier.

De ce qui précède, on comprend que l'*imperium* de l'État s'entend comme la puissance souveraine en vertu de laquelle l'État ou des organes dûment investis usent de la contrainte sur un territoire en exerçant les pouvoirs de

22 J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien 6<sup>e</sup> éd. 2004, p. 232.

23 H. Batiffol, P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. II, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 1983, n° 710, p. 546 : « C'est un des principes les plus sûrs du droit international public que le pouvoir coercitif ne s'exerce que dans les limites du territoire ».

24 En droit romain, l'*imperium* visait un territoire volontairement indéterminé, cf notre thèse.

police. En conséquence, une autorité étrangère se trouverait neutralisée car elle ne disposerait pas de la souveraineté territoriale et de la force. Mais de quelle force s'agit-il ? Faut-il établir une distinction entre contrainte matérielle et contrainte juridique ?

C'est à partir de la célèbre affaire du *Lotus*<sup>25</sup> que la doctrine<sup>26</sup> distingue très clairement entre l'action intellectuelle et l'action matérielle, entre la compétence opérationnelle et la compétence normative de l'État. C'est sur cette base semble-t-il que le droit international affirme le principe selon lequel l'exercice de la contrainte ne peut être que territorial car autrement il s'agirait d'une atteinte à l'intégrité d'une souveraineté territoriale étrangère<sup>27</sup>. Est-ce pour autant la seule intervention matérielle à l'étranger que le droit international prohiberait ? Deux conceptions s'opposent : les partisans d'une analyse extensive de la contrainte matérielle font face aux défenseurs d'une position restrictive qui exclut la contrainte juridique. Exposons les deux thèses avant de retenir une conception.

Les partisans<sup>28</sup> d'une conception extensive considèrent que l'interdiction porte sur l'ensemble des mesures qui sont liées à la contrainte. Au sens du droit international, l'*imperium* ne s'identifie pas purement et simplement à l'exercice de la contrainte matérielle. Il se manifeste dans les actes des tribunaux étatiques. Ainsi un juge français ne peut prononcer des injonctions extraterritoriales. Selon ce courant, le fondement juridique doit être trouvé dans la position suivante : ces décisions exercent une contrainte juridique à l'étranger et le monopole de la contrainte de l'État s'y oppose. Plus encore, ces auteurs affirment que la distinction entre la contrainte juridique et la contrainte matérielle « ne traduit pas le droit positif et réduirait à peu de chose le monopole de l'État de la situation des biens en matière de saisie. En effet, la contrainte matérielle est très exceptionnelle dans les procédures d'exécution, et la contrainte juridique est de loin la plus fréquente : la saisie des créances, par exemple, repose sur une contrainte immatérielle puisqu'elle se manifeste par un transfert de créance (saisie-attribution ou mesures similaires) ou par une indisponibilité (saisie conservatoire), conséquences qui sont l'une et l'autre de nature exclusivement juridique »<sup>29</sup>. En somme, on peut retenir que faire

25 CPJI, 7 sept. 1927 *France c/ Turquie*, CIJ, Série A, n° 10, p. 18 ; Pour un résumé de l'arrêt et des opinions dissidentes : K. Marek, *Précis de la jurisprudence de la Cour internationale*, vol. 1 CPJI, La Haye, M. Nijhoff 1974, p. 343 et s. ; l'État a le monopole de la contrainte sur son territoire « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure sauf règle permissive contraire tout exercice contraire sur le territoire d'un autre État ».

26 P. Vareilles-Sommières, *La Compétence internationale de l'État en matière de droit privé – Droit international public et droit international privé*, LGDJ 1997, n°335 et s.

27 F. A., Mann, « *The Doctrine of Jurisdiction in International Law* », *RCADI*, recueil des cours Leiden, Sijthoff, 1964, tome 111, p. 1 et s, spéc. p. 5 et s ; F. A., Mann, « *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years* », *RCADI*, recueil des cours Leiden, Sijthoff, 1984, tome 186, p. 9 et s.

28 R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2005, n° 32 p. 31.

29 *Ibidem*.



produire un effet en France à une autorisation étrangère de procéder à une mesure conservatoire revient à autoriser cet État étranger à ordonner une injonction aux organes d'exécution français. Le droit international public interdit une telle intrusion, car il octroie une compétence exclusive à chaque État pour s'auto-organiser.

Les partisans<sup>30</sup> d'une conception restrictive considèrent au contraire que le monopole de la contrainte ne concerne que la contrainte matérielle, c'est-à-dire les actes physiques, et non la contrainte juridique. Par voie de conséquence, seule la contrainte matérielle doit être réservée à l'État sur le territoire duquel les voies d'exécution sont pratiquées<sup>31</sup>. C'est du reste sur cette base théorique que la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale<sup>32</sup> à la suite des affaires *Denilauler*<sup>33</sup> et *De Clavel*<sup>34</sup> a définie, dans un arrêt *Reichert II* du 26 mars 1992, l'exécution comme les actes de contrainte matérielle : « il faut entendre par contestations relatives à l'exécution des jugements les contestations auxquelles peuvent donner lieu le recours à la force, à la contrainte, ou à la dépossession de biens meubles ou immeubles en vue d'assurer la mise en œuvre matérielle des décisions, des actes »<sup>35</sup>.

Même si les difficultés sont nombreuses<sup>36</sup>, la distinction entre contrainte juridique et matérielle est pertinente. Aussi retiendra-t-on que seule la contrainte matérielle forme une limite aux pouvoirs des juges étrangers et des arbitres. On peut donc considérer qu'en pratique, ordonner une mesure d'exécution ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'État sur le territoire où se trouvent les biens. Une décision étrangère ordonnant une mesure

30 P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979.1 et s., S. Clavel, *Le Pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse Paris I dacty. 1999, spéc. n°287 p. 210 et 211.

31 P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979.1 et s ; B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extra-territoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 11.

32 Article 16-5° de la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 et article 22-5° du règlement 44/2001 du 22 déc. 2001 dit « Bruxelles I ».

33 La CJCE dans l'affaire *Denilauler c/ Couchet* du 21 mai 1980 à propos de la reconnaissance et de l'exécution, n'a élevé aucune objection aux mesures provisoires et conservatoires portant sur des comptes bancaires ouverts à l'étranger dès lors qu'une procédure contradictoire avec signification préalable aurait été respectée ; CJCE, 21 mai 1980, *Rev. crit. DIP* 1980.801 obs. E. Mezger.

34 La CJCE dans l'affaire *De Cavel* en date du 27 mars 1979 (aff. 143/78) a admis implicitement les mesures conservatoires (apposition de scellés et saisie) portant sur des biens situés dans un autre État contractant que celui du juge qui les ordonne ; CJCE 27 mars 1979, *De Cavel*, *Rev. crit. DIP* 1980.621, G. Droz, *JDI* 1980.939 obs. A. Huet.

35 CJCE, 26 mars 1992, *Reichert c/ Dresdner Bank* (dit Reichert II), *Rev. crit. DIP* 1992.720, note B. Ancel ; *JDI* 1993.461, obs. A. Huet.

36 S. Clavel, *Le Pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, op. cit., spéc. n°286 p. 210.

conservatoire doit pouvoir recevoir l'*exequatur* en France<sup>37</sup> car il convient de rappeler que l'*exequatur* n'est pas l'exécution et l'organe d'exécution français, l'huissier, ne répond pas à l'injonction d'un État étranger, mais plutôt à celle de son propre État<sup>38</sup>. En revanche, les États disposent du monopole de la contrainte par l'intermédiaire de ses organes sur son territoire. Ce principe d'exclusivité a alors un effet positif et négatif. Positivement, les États disposent de la pleine maîtrise de la contrainte étatique sur le territoire. Négativement, le principe s'affirme comme la prohibition de l'exercice d'acte émanant d'une autorité publique sur le territoire d'un État étranger.

8. Aussi en conceptualisant l'*imperium* par les notions de souveraineté et de territorialité, les États ont fixé un absolu bornant ainsi les pouvoirs des autorités extérieures à l'État concerné. Ainsi, contrairement aux juges nationaux, les tribunaux étatiques étrangers et les arbitres ne peuvent enfreindre cette limite. C'est en ce sens que la doctrine de droit privé a nié pendant longtemps l'existence de l'*imperium* de l'arbitre.

9. S'agissant de son utilisation en droit privé, une étude des manuels, traités, ouvrages savants, articles et jurisprudence de ce qui constitue la science juridique nous informe d'un mouvement de va-et-vient de l'histoire. L'*imperium* disparaît progressivement et ce ne sera qu'au cours du court XX<sup>e</sup> siècle que l'*imperium* se trouvera à nouveau sollicité. Il faut indiquer à cet égard qu'il n'est presque jamais fait appel aux déclinaisons romaines, à savoir la *jurisdictio*, l'*imperium mixtum*, l'*imperium merum*, et l'*imperium summum*. Aussi *imperium* renvoie-t-il inévitablement à l'expression de la souveraineté territoriale. Paré de ce sens défensif, l'*imperium* retrouve sa majesté d'antan et trouve ainsi une place de choix dans les œuvres juridiques à mesure que l'arbitrage se développe et que les rapports internationaux s'intensifient.

10. La première période (1789-1945) est marquée par la progressive disparition de la notion d'*imperium*. Ainsi, à l'exception d'Henrion de Pansey<sup>39</sup>, de Demangeat<sup>40</sup>, de Esmein<sup>41</sup> et de Glasson et Tissier<sup>42</sup>, il est

37 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, *JCP. G* 2004, II, p. 2369, n° 10198, concl. Sainte-Rose, *Rev. crit. DIP* 2004.815, note H. Muir Watt, *JDI* 2005.112 note G. Cuniberti.

38 Pour un arrêt contestable en matière de saisie attribution portant sur des avoirs déposés auprès d'une succursale située à l'étranger ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 14 fév. 2008, note V. Avena-Robardet, *D.* 2008, p. 686 et s.

39 La conceptualisation moderne de l'*imperium* est principalement l'œuvre de Henrion de Pansey en 1810 (Th. Clay, V° « *imperium* » in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (dir.), PUF 2004, p. 611). Poursuivant les travaux de Jousse et de Pothier, Henrion de Pansey indique que le juge doit disposer d'une certaine puissance mixte pour réaliser l'œuvre de justice car celle-ci ne peut se former que dans « l'interpénétration » de la *jurisdictio* et de l'*imperium*. Il est rappelé à cet effet qu'« il suffisait donc qu'au droit de juger fût unie une portion de la force publique telle qu'elle pût assurer l'exécution de tous les ordres, de toutes les ordonnances, de tous les jugements » (P.-P.-N. Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, 1810, Ch. 4, p. 101 et s., cité par Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* » in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 245, spéc. p. 264 ; Th. Clay,

remarquable de noter que l'*imperium* n'a plus les honneurs des écrits en langue française<sup>43</sup>. Les auteurs délaissent la notion d'*imperium* dans leurs manuels, traités et autres œuvres. L'*imperium* n'apparaît pas dans les passages consacrés à la justice, aux juges, au service public de la justice, à l'autorité de la chose jugée, à l'arbitrage, aux productions de preuves, aux mesures provisoires et conservatoires, à l'astreinte et à la contrainte sur un territoire.

Cette disparition de l'*imperium* du champ du droit privé trouve très certainement son explication dans le fait que le français est devenu la langue officielle du droit et de l'administration, en lieu et place du latin et des autres langues du pays. Il est vrai que l'article 111 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts<sup>44</sup> ambitionnait de déposséder les juristes de leur langue, le latin, et de favoriser la clarté et la compréhension de la langue juridique<sup>45</sup>. Désormais les vocables pouvoir, autorité, souveraineté remplacent les différentes facettes de l'*imperium*<sup>46</sup>.

11. La deuxième<sup>47</sup> période se caractérise par une réapparition de la notion d'*imperium* (1946-1991). En effet, l'*imperium* réapparaît une première fois après guerre sous la plume de Hébraud<sup>48</sup>, et retrouve progressivement droit de

*L'Arbitre*, op. cit., spéc. p. 97 n°109). En d'autres termes « la justice sans la force serait impuissante », (Bl. Pascal, *Pensées*, Garnier-Flammarion, 1976, éd. Brunswicg, § 298 p. 470 ; pour une analyse : J. Derrida, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 27 et s.

40 Dans le même esprit, en 1876, Demangeat, dans son *Cours élémentaire de droit romain* relèvera que le « magistrat qui a la *jurisdictio* a par là même un certain pouvoir de commandement : c'est l'*imperium mixtum* ». Ch. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, 3<sup>e</sup> éd. 1876, Tome II, p. 543 : L'auteur indique plus précisément « c'est l'*imperium mixtum*, duquel Paul dit que *jurisdictioni coheret*. Voici, du reste, comment Ulpien s'exprime à cet égard : *Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertentum facinoros homines, quod etiam Potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in dandâ bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia*. ».

41 A. Esmein, « La logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *RTD. civ.* 1903, p. 5 et s., spéc. p. 36.

42 X. Glasson, X. Tissier, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. 1 n°10, p. 26 et s.

43 À titre d'exemple nous pouvons citer : J.-E. Boitard, *Leçons de procédure civile*, publiées G. de Linage, 14<sup>e</sup> éd. par E. Glasson, Paris 1890 ; A. Rodière, *Traité de compétence et procédure en matière civile*, Paris 1878 ; J.-B.-E. Garsonnet, Ch. César-Bru, *Traité de procédure civile*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd. 1912 ; G. Brulliard, Préf. H. Vizioz, *Procédure civile*, PUF 1944.

44 Ordonnance du 15 août 1589 – décret du 2 thermidor an II ; v. notamment : E. Jeuland, *Droit processuel*, LGDJ 2007, p. 495 n° 561.

45 S. Soleil, V° « Langue française » in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dir.), PUF Quadrige 2003, p. 916.

46 A.-J. Arnaud, « *Imperium* et *dominium* : Domat, Pothier et la codification », *Droits* n° 22, 1995 p. 55 et s.

47 La troisième période consacre la notion d'*imperium* de l'arbitre (de 1991 à nos jours).

48 « Jurisprudence française en matière de procédure civile » par MM. Pierre Hébraud et Pierre Raynaud, *RTD civ.* 1950, p. 87 et s.

cité dans les index et bonnes œuvres des auteurs des dictionnaires juridiques<sup>49</sup>, d'institutions judiciaires<sup>50</sup>, de procédure civile<sup>51</sup>, de droit d'arbitrage<sup>52</sup>.

Faisant suite<sup>53</sup> à la *jurisdictio*, l'*imperium* se définit comme le pouvoir d'ordonner qui permet « (éventuellement) de provoquer la mise en mouvement de la force publique »<sup>54</sup> et « qui se manifeste concrètement par l'apposition sur chaque jugement d'une formule, dite "formule exécutoire"<sup>55</sup> »<sup>56</sup>. Négativement, il est enseigné<sup>57</sup> que ce qui distingue un jugement étatique d'une sentence arbitrale tient au fait que cette dernière n'a pas force exécutoire. Cette situation s'explique selon la doctrine dominante de l'époque par le fait que « l'arbitre n'est pas un fonctionnaire ; il n'a reçu de l'État aucune délégation lui permettant de disposer de la force publique »<sup>58</sup>. Autrement dit, si le juge dispose de la *jurisdictio* et de l'*imperium*, l'arbitre ne se voit attribuer que la *jurisdictio* et non l'*imperium* car il n'a pas reçu et ne pouvait pas recevoir de l'État celui de contraindre.

Plusieurs commentaires méritent d'être formulés. Premièrement la réapparition de l'*imperium* est le produit d'un succès, celui de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des différends commerciaux.

49 *Vocabulaire juridique*, publ. Association Henri Capitant, Paris Presses universitaires de France, 1987 ; 4<sup>e</sup> éd. mise à jour, Quadrige PUF 2004.

50 Voir not., R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien 1<sup>re</sup> éd. 1983, p. 622 (3 réf. n°39, 50, 584) ; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien 11<sup>e</sup> éd. 2004 p. 519 (4 réf. n°40, 58, 302, 598) ; J. Vincent, G. Montagnier, A. Varinard, *La Justice et ses institutions*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz 1985, p. 992 (2 réf.n°49 & 865). J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *Institutions judiciaires, Organisation – Juridictions – Gens de justice*, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz 2001, p. 800 (1 réf.n°49) ; G. Guidicelli-Delage, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, PUF Droit fondamental, 1987.

51 H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. I en 1961, t. II en 1973, t. III en 1991 ; P. Catala, F. Terré, *Procédure civile et voies d'exécution*, PUF Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 1976. R. Perrot, *Cours de droit judiciaire privé*, Cours de droit, 1966/67 ; J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien 3<sup>e</sup> éd. 2006 ; H. Solus, *Droit judiciaire privé : procédure civile : licence, 3e année* – Cours de droit, 1952-1953 ; G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF Thémis-droit privé, 3<sup>e</sup> éd. 1996 ; J. Normand, *Le Juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965 (n°24 p. 21).

52 Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, 1987 ; E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière récente du droit de l'arbitrage international », *JDI* 1983.293 spéc. n°26 et s. p. 306 et s.

53 J. Vincent, G. Montagnier, A. Varinard, *La justice et ses institutions*, 2e éd. Dalloz 1985, p. 51 n°49, « le pouvoir d'ordonner (l'*imperium*) qui consiste à tirer la conséquence du résultat auquel on a abouti à l'issue de la phase précédente » : (*jurisdictio*).

54 J. Vincent, G. Montagnier, A. Varinard, *La justice et ses institutions*, 2e éd. Dalloz 1985, p. 51 n°49.

55 Article 1er, Décret n°47-1047 du 12 juin 1947 relatif à la formule exécutoire : « La République française mande et ordonne à tous les huissiers de justice sur ce requis de mettre ledit jugement à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de première instance et d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis ».

56 R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien 1er éd. 1983, p. 42 n°39.

57 R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien 11<sup>e</sup> éd. 2004, p. 58 n°62. (7<sup>e</sup> éd. 1995, p. 62 n°61 identique).

58 R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien 11<sup>e</sup> éd. 2004, p. 59 n°62.

Deuxièmement, il se réalise durant cette période, d'une part, une représentation inexacte de l'histoire de la notion, et d'autre part, une confusion entre *imperium* de l'État et *imperium* du juge. Troisièmement, la justification de cette sollicitation croissante et confuse de l'*imperium* par la doctrine privatiste nous apparaît être liée à l'apparat qui entoure cette notion.

### B. — *La consécration contemporaine de l'imperium de l'arbitre*

12. C'est sans aucun doute par une réflexion d'ensemble que débute la véritable reconstruction juridique de la notion d'*imperium* en droit processuel. Son auteur<sup>59</sup> démontre que l'*imperium* se décompose en plusieurs catégories et qu'un élément de l'*imperium lato sensu* est attribué à l'arbitre (1). Reprenant l'histoire de la notion et intégrant les différentes contraintes processuelles de l'*imperium*, une nouvelle conception de l'*imperium* de l'arbitre peut être avancée (2).

#### 1. La consécration d'une analyse pionnière de l'imperium de l'arbitre

13. Nous savons que la doctrine peut exercer une certaine influence sur le législateur. Ainsi, peut-on relever, à titre d'exemple, l'influence du Doyen Carbonnier dans le mouvement de rénovation du droit civil français qui s'est développé à partir des années 1960<sup>60</sup>, la réforme de la procédure civile initiée par M. Foyer et élaborée par les travaux d'une commission composée de nombreux universitaires<sup>61</sup>. S'agissant des rapports entre doctrine et jurisprudence, nous savons que la place de la doctrine comme source du droit est parfois considérable<sup>62</sup>. Il nous suffit d'évoquer quelques exemples tirés du droit international privé<sup>63</sup> pour nous souvenir que des bouleversements des pratiques juridiques se réalisent. Les « Réflexions sur l'*imperium* »<sup>64</sup> entrent sans conteste dans cette dernière catégorie, au point que l'article de M. Jarrosson opère en 1991 un changement des esprits, ou à tout le moins s'affirme comme la référence qu'il convient de citer pour toute étude consacrée notamment à l'*imperium*, aux pouvoirs du juge et de l'arbitre.

59 Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* » in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 245 et s.

60 F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz 7<sup>e</sup> éd. 2006, p. 158.

61 G. Cornu, *La Codification de la procédure civile en France : l'art du droit en quête de sagesse*, PUF 1998 p. 385.

62 F. Terré, *ibid.* M. Terré énonce l'idée selon laquelle une doctrine concordante et récente, est susceptible d'être pour le juge, un élément de décision que ce soit du fait d'un ouvrage ou d'un commentaire.

63 Y. Lequette, « L'influence de l'œuvre d'Henri Battifol sur la jurisprudence française », *TCFDIP*, 1991-1993, éd. 1994, p. 32 et s. B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *RCDAP*, t. 234, 1992, III, p. 331 et s.

64 Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* » in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 245 et s.

14. Dans cette étude offerte à M. Bellet, M. Jarrosson propose une délimitation fonctionnelle des contours de la notion générale d'*imperium*. Il se prononce clairement sur l'origine romaine de la notion et démontre que « l'*imperium* a progressivement évolué »<sup>65</sup> pour se mouvoir en « prérogative de l'État qui dérive de sa souveraineté et trouve sa limite dans le principe de territorialité »<sup>66</sup>. Historiquement toujours, il rapporte que la *jurisdictio* est née dans l'*imperium* et que celui-ci s'est lui-même subdivisé en deux. Partant, cet auteur propose une définition de l'*imperium*<sup>67</sup> *lato sensu*, de ses trois composantes, à savoir l'*imperium merum*<sup>68</sup>, l'*imperium mixtum*<sup>69</sup> et la *jurisdictio*<sup>70</sup>. Incidemment, avec clarté et précision, il établit que l'*imperium* a glissé du droit public vers le droit judiciaire<sup>71</sup> et que l'arbitre se voit conférer par l'État une parcelle d'*imperium* dénommée *imperium mixtum*.

La grande originalité de cette étude est d'avoir découvert « tout un domaine intermédiaire qui devrait, en théorie pure, ne relever que de l'*imperium merum*, mais qui est composé d'éléments qui sont si indéfectiblement attachés à la *jurisdictio*, qu'il convient de les y rattacher. Ce domaine intermédiaire, c'est l'*imperium mixtum* »<sup>72</sup>. Cette étude permet ainsi d'expliquer pourquoi certains pouvoirs, classés traditionnellement dans la catégorie *imperium*, se voient dévolus à l'arbitre alors que d'autres ne le sont pas. M. Jarrosson détermine un critère de distinction qui serait lié à la présence d'un lien éventuel entre la mesure proposée et la *jurisdictio*. Dans la première hypothèse, la mesure relèverait du prolongement de l'activité juridictionnelle, à savoir l'*imperium mixtum*, que l'arbitre est susceptible de prononcer. On pourrait ainsi expliquer le pouvoir de l'arbitre de prononcer une astreinte, d'enjoindre aux parties de produire des pièces, d'ordonner des mesures d'administration judiciaire ou de prononcer, même d'office, l'exécution provisoire de la sentence. Dans la seconde hypothèse, la mesure n'est pas susceptible d'être prononcée par l'arbitre faute d'*imperium merum*. Il est en ainsi lorsqu'il

65 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, spéc. p. 277 n°79.

66 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, spéc. p. 277 n°79.

67 « *Imperium*. Au sens large, ensemble de prérogatives appartenant à l'État, liées à sa souveraineté, exercées dans les limites de son territoire, et concernant ses pouvoirs de commandement ou de contrainte et de juridiction (*imperium merum*, *imperium mixtum* et *jurisdictio*) » ; Ch. Jarrosson, *op. cit.*, spéc. n°79.

68 « [*Imperium*] *merum*. Composante de l'*imperium* qui correspond aux pouvoirs spécifiquement concernés par l'emploi de la force et de la contrainte, par opposition à la *jurisdictio* » ; Ch. Jarrosson, *op. cit.*, spéc. n°79.

69 « [*Imperium*] *mixtum*. Composante de l'*imperium* qui relève principalement de l'*imperium merum*, mais qui en est cependant détachée afin d'être reliée à la *jurisdictio* à l'efficacité de laquelle elle contribue (ex. certaines mesures d'administration judiciaire, le pouvoir d'injonction ou d'ordonner des astreintes). » ; Ch. Jarrosson, *op. cit.*, spéc. n°79.

70 « *Jurisdictio*. Composante de l'*imperium* qui réside dans le pouvoir de dire le droit, pouvoir conféré par l'État au juge et, sous certaines conditions et limite, à l'arbitre » ; Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p. 245, spéc. n°79.

71 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p. 245, spéc. p. 263.

72 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, spéc. p. 265.

s'agit d'obtenir l'exécution forcée de la sentence qui nécessite l'intervention du juge étatique.

15. Les conditions étaient, semble-t-il, réunies pour que la consécration ait été éclatante dans la mesure où ces réflexions allaient se diffuser dans cet espace particulier qu'est le monde de l'arbitrage. Or dans ce monde, les sources du droit sont bouleversées et même totalement repensées. En effet, la loi assume un rôle très modeste<sup>73</sup>, voire inexistant<sup>74</sup>, et ce sont la doctrine et la jurisprudence qui s'imposent en entretenant au passage des « rapports particuliers »<sup>75</sup>.

16. En doctrine, les réflexions sur l'*imperium* de M. Jarrosson vont être très souvent citées. Dans la grande majorité des cas, il s'agit d'une référence incontournable<sup>76</sup> mais très rarement le point de départ d'une nouvelle analyse.

73 J. Robert, « La législation nouvelle sur l'arbitrage », *D.* 1980 p. 187 (arbitrage interne) ; J. Robert, « Rapport à M. le Premier ministre », *Rev. arb.* 1981.331 (arbitrage international), l'auteur indique que « les dispositions du titre V consacrent très largement les solutions acquises dans la jurisprudence de la Cour de cassation ne concernent que la procédure et ne remettent nullement en cause les principes maintenant bien établis par la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne le régime juridique de l'arbitrage international ».

74 Ph. Fouchard, « Observations sur la réponse ministérielle relative à l'application de l'article 2061 du Code civil en matière internationale », *Rev. arb.* 2002.241. L'auteur remarque à cet effet que les réponses ministérielles en matière d'arbitrage n'exercent aucune influence sur les juges.

75 D. Hascher, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2005.391 et s., spéc. p. 392 ; pour un exemple récent des rapports particuliers : Th. Clay note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 2007, *Sté Putrabali Adyamulia c/ Sté Rena Holding*, *JDI* 2007.1228 spéc. p. 1240 et p. 1255 : « Jean-Pierre Ancel ne se contenta pas d'être le président de la chambre qui les a rendus, il fut aussi – fait exceptionnel – le rapporteur auto-désigné. C'est dire à quel point il s'incarne dans cette jurisprudence qu'il nous laisse en partage et qu'il faut, sans nul doute, faire fructifier, non seulement par fidélité à ce qu'on peut appeler la "doctrine Ancel", mais parce qu'elle s'impose avec la majesté des grandes décisions [...] Tel est aussi le legs du président Jean-Pierre Ancel, qu'il faut recevoir avec humilité et tenter de faire vivre avec passion ».

76 D. Foussard, « Entre *exequatur* et exécutions forcées », *Travaux du Comité français de droit international privé*, séance du 26 mars 1997, TCFDIP 1995-1998 p. 175 (doc. remis en séance spéc. p. 9) ; J. Pellerin, « L'arbitrage et le Nouveau code de procédure civile » in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, J. Foyer, C. Puigelier (dir.), Economica, 2006, p. 390 et s ; J. Pellerin sous CA Paris 1<sup>re</sup> Ch. C, 24 mai 1991, *Fleury*, *Rev. arb.* 1992.636, spéc. p. 637 ; l'auteur indique qu'« une étude doctrinale récente a renouvelé en profondeur les analyses traditionnelles » ; M.-A. Frison Roche, « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF 1997, p. 463 spéc. n° 10 ; Th. Clay, *L'Arbitre*, Dalloz 2001 p. 96 n°109 ; E. Jeuland note sous CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 7 oct. 2004, *Société Otor Participations et autres c/ société Carlyle Holdings*, *Rev. arb.* 2005.737, spéc. p. 744 ; E. Loquin, *J.-Cl. Procédure civile, Arbitrage – instance arbitrale – procédure devant les arbitres*, Fasc. 1036, 1994, spéc. n° 22 ; E. Loquin, M.-Cl. Rondeau-Rivier, *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 1042, n° 3 ; J.-B. Racine, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Journées P. Fouchard, Rev. arb.* 2005.305, spéc. p. 344 ; Ph. Fouchard, « L'arbitrage. Les règles de procédure face aux problèmes économique » in *Les Magistratures économiques dans l'Union européenne*, colloque de l'Association internationale de droit économique et l'*Associazione italiana giuristi europei*, Rome, 24-26 oct. 1996, *RID éco.*

La très grande majorité des auteurs<sup>77</sup> continue à utiliser cette notion sans s'interroger véritablement sur sa redécouverte, sa polysémie, son contenu ou

1997.237, spéc. p. 251 ; G. Kaufmann-Kohler, « Mesures *ex parte* et injonctions préliminaires » in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, J.-M. Jacquet, E. Jolivet (dir.), Litec 2007 p. 91, spéc. p. 98 note 51 ; Ch. Seraglini, *Les Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz 2001, p. 29 n° 48 et note de bas de page : l'auteur évoque la polysémie de l'*imperium* mais ne souhaite pas approfondir l'étude. En effet, il indique « il nous paraît préférable de simplement relever la nécessité d'un pouvoir de contrainte de l'arbitre qui comporte plusieurs facettes. Aussi, l'expression d'*imperium* ne sera ici employée que par facilité sans que son emploi indique une prise de position dans ce débat » ; Ch. Seraglini, *Droit du commerce international*, J. Béguin, M. Menjuçq, LexisNexis Litec 2005, p. 1032 n°2677 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, p. 712, n° 1273 : « Les arbitres étant dépourvus d'*imperium*, leurs injonctions n'ont pas la même efficacité que celles des juridictions étatiques auxquelles il est en conséquence parfois nécessaire de recourir » ; E. Gaillard and J. Savage (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, spéc. para. 1273 : « *Since arbitrators lack imperium, their procedural injunctions are less effective than those of the courts. As a result, it is sometimes necessary to apply to the courts to seek enforcement of an arbitral tribunal's order* » ; M.-Cl. Rivier, « L'arbitrage et le droit des procédures civiles d'exécution », *Dr et proc.* 2005, p. 198, spéc. n°21 ; E. Loquin, M.-Cl. Rondeau-Rivier, *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 1042, n° 3 ; Ch. Kaplan, « L'astreinte : un remède au défaut de pouvoir coercitif de l'arbitre ? », *Le Juriste*, juin/juil. 2001, p. 43 et s. ; J. C. Fernández Rozas, *Le Rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, RCDAl t. 290, 2001 p. 9 spéc. p. 51 ; D. Hascher, « L'exécution provisoire en arbitrage international », *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, 1999, p. 403, spéc. p. 416 ; S. Jarvin, « La contestation judiciaire du rôle des arbitres », Colloque du 4 fév. 2005, *Les Arbitres internationaux*, Centre français de droit comparé, vol. 8, Société de législation comparée, 2005 p. 165 et s., spéc. 177 : « le rôle des juridictions étatiques se limite donc, en général, à assister les arbitres dépourvus d'*imperium* » ; P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires » in *Études à Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 437 et s., spéc. n° 2 et s. ; S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires, Études de droit comparé*, Zurich 1998, spéc. p. 317 et s, n° 535 et s. ; J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant 2002, n° 538 p. 493, n° 540 p. 494, n° 605 p. 550 ; J.-B. Racine, « L'exécution des mesures provisoires ordonnées par un arbitre » in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, J.-M. Jacquet, E. Jolivet (dir.), Litec 2007 p. 113, spéc. p. 114 et note 71. C. Kessedjian, « Définitions et conditions de l'octroi de mesures provisoires », in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 73, spéc. p. 73, p. 78 et note n° 34 ; S. Clavel, *Le Pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse Paris I, 1999, spéc. n° 36 p. 32 et s. ; S. Bollée, *Les Méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. P. Mayer, Economica, 2004, spéc. note n° 166 sous n° 275 p. 192 ; P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires » in *Études à Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 437 et s., spéc. n° 2 et s.

<sup>77</sup> G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF Thémis-droit privé, 3<sup>e</sup> éd. 1996, spéc. p. 61 et 63 ; D. Cohen, « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. droit*, t. 41, 1997 p. 149, spéc. p. 154, spéc. p. 155 ; J.-L. Delvolvé, « Présentation du texte proposé par le comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006.491 spéc. p. 495 ; F. Knoepfler, « Les mesures provisoires et l'arbitrage », *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, L. Cadiet (dir.), Th. Clay, E. Jeuland, LexisNexis Litec 2005, spéc. p. 276, n° 403, p. 291 n° 451 et s. ; E. Bruce, « La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques. Remises en question », *Rev. arb.* 2006.65, spéc. p. 78 ; Ph. Théry, « Procédures civiles d'exécution et droit international privé », *Petites affiches* 1999, 22 déc. 1999, p. 50 ;



son régime. Une minorité d'auteurs émet des réserves quant à l'existence d'un *imperium mixtum*<sup>78</sup>. Seul M. Mayer<sup>79</sup> entreprend brièvement cette démarche à la suite de M. Jarrosson et distingue trois formes d'*imperium* en fonction de son caractère plus ou moins intellectuel, à savoir matériel, mixte ou simplement intellectuel.

17. On s'attendait à ce que la notion d'*imperium* apparût, et pourrait-on dire dans toute sa complexité, dans les décisions des tribunaux étatiques français chargés de contrôler l'activité des juridictions arbitrales. Rappelons-nous que le droit des obligations constituait un précédent heureux et que la Cour de cassation, comme le relève Carbonnier<sup>80</sup>, n'a jamais hésité à utiliser le droit et les expressions romaines pour combler les lacunes ou les imprécisions législatives. Pourtant, une étude de la jurisprudence sur les différentes bases de données juridiques révèle une timide présence de la notion. Quantitativement, l'*imperium* n'a pas séduit les plumes des magistrats de l'ordre judiciaire puisque seules huit décisions en font expressément mention. La seule insertion des réflexions de la doctrine sur la notion d'*imperium*, interviendra en jurisprudence le 19 mai 1998 dans une célèbre affaire *Société Torno SpA*, par laquelle la Cour d'appel de Paris affirma : « et considérant que l'absence d'*imperium* de l'arbitre a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties et des tiers en subordonnant notamment l'efficacité de sa décision à l'exequatur de l'autorité publique ; qu'elle ne lui interdit pas en revanche, lorsque telle est sa mission, de prescrire aux parties des obligations de faire sauf à faire dépendre l'exécution forcée de sa décision du contrôle préalable de l'autorité publique »<sup>81</sup>. Quantitativement toujours, les arrêts du 4 mai 1991 et du 19 mai 1998 révèlent bien les confusions terminologiques ou incertitudes conceptuelles de certains magistrats. En effet,

J. Robert, *L'Arbitrage, droit interne – droit international privé*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. p. 151 n° 175 ; E. Gaillard, « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *JDI* 2007.1163, spéc. p. 1172 ; A. Lacabarats, « Les mesures provisoires demandées au juge français », in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 3, spéc. p. 7 ; Th. Clay, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 9, spéc. p. 11, p. 19 et p. 20 ; E. Jolivet, « L'expérience de la Chambre de commerce internationale dans le cadre du règlement d'arbitrage », in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 29, spéc. p. 34 ; E. Loquin, « Rapport de synthèse » in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 137, spéc. p. 137 et p. 139.

78 Ph. Théry, « *Judex Gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 477.

79 P. Mayer : « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires » in *Études à Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 437 et s., spéc. p. 437.

80 J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF Thémis, 26<sup>e</sup> éd., 1999, n° 72, p. 127 et s : « C'est sur ses règles (celles du droit romain), presque deux fois millénaires, que se sont construites au XIX<sup>e</sup> siècle des jurisprudences aussi capitales que la théorie de l'enrichissement sans cause et la maxime *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Qui fera mieux chez les modernes ? ».

81 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 19 mai 1998, *Société Torno SpA / Société Kagumai Gumi Co Ltd*, *Rev. arb.* 1999.605, obs Ch. Jarrosson.

en indiquant le 4 mai 1991 que « le prononcé d'une astreinte, visant à assurer l'exécution de la sentence constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger »<sup>82</sup>, la Cour d'appel semble consacrer la notion d'*imperium mixtum* de M. Jarrosson. Il s'agit d'une position réaffirmée par la même juridiction le 7 octobre 2004, qui pose que « le prononcé d'astreintes ou d'injonction [...] constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise ainsi aucun dépassement de la mission de l'arbitre »<sup>83</sup>. En revanche, lorsqu'elle indique le 4 mai 1991 que cette mesure « ne saurait permettre de l'assimiler à un acte d'*imperium* »<sup>84</sup>, la Cour d'appel de Paris semble se référer à l'*imperium merum* ou selon notre classification à l'*imperium summum*. Même l'arrêt *Torno* du 19 mai 1998, par ailleurs exemplaire, assimile *imperium* à *imperium merum* en oubliant que d'autres manifestations d'*imperium* peuvent exister. C'est en ce sens qu'il faut comprendre « l'absence d'*imperium* de l'arbitre a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties ».

## 2. Proposition d'une analyse renouvelée de l'*imperium* de l'arbitre

18. On l'aura compris, l'*imperium* de l'arbitre est une variante de l'*imperium mixtum* qui doit prendre en compte la situation de l'arbitre. Les mesures qui entrent dans la catégorie de l'*imperium* de l'arbitre, c'est-à-dire qui ne relèvent, d'une part ni de l'*imperium summum*, ni de l'*imperium merum*, ni de la *jurisdictio* et qui tiennent, d'autre part, compte des spécificités de l'arbitrage, sont nombreuses et très hétérogènes. Indiquons qu'il ne s'agit pas ici d'étudier dans le détail ces mesures mais simplement d'établir une typologie de ces mesures.

Aussi, l'*imperium* de l'arbitre doit-il être présenté d'un point de vue aussi que formel que matériel. Formellement, l'*imperium* de l'arbitre peut s'incarner aussi bien sous la forme d'une sentence arbitrale, c'est-à-dire un acte juridictionnel que d'une ordonnance de procédure, c'est-à-dire une mesure sujette à aucun recours. Matériellement, les mesures qui entrent dans la catégorie de l'*imperium* de l'arbitre sont nombreuses et hétérogènes. Aussi convient-il de définir l'*imperium* de l'arbitre par la négative c'est-à-dire par les mesures qui peuvent pas relèvent pas de son *imperium* (a), que positivement, par les actes qui sont inclus dans cette catégorie (b).

### a) Les mesures exclues

19. Trois critères cumulatifs permettent de définir par défaut l'*imperium* de l'arbitre. Les mesures intégrant l'*imperium* de l'arbitre ne peuvent ni concerner

82 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 24 mai 1991, *Fleury*, *Rev. arb.* 1992.636, obs. J. Pellerin.

83 CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 7 oct. 2004, *SA Otor Participations et a. c/ Carlyle*, *Rev. arb.* 2004.982, *Rev. arb.* 2005.737 obs. E. Jeuland ; *JCP G.* n° 22, 2005, II 10071 obs. J.-M. Jacquet ; *JDI* 2005.341, note A. Mourre, P. Pedone.

84 CA Paris 1<sup>re</sup> Ch. C, 24 mai 1991, *Fleury*, *Rev. arb.* 1992.636, obs. J. Pellerin.

les tiers (i), ni être exclues de l'office de l'arbitre (ii), ni relever des voies d'exécution (iii).

*i) L'exclusion des mesures portant sur des tiers*

20. S'agissant des tiers, l'origine contractuelle de l'arbitre commande que celui-ci ne prononce des mesures qu'à l'égard des parties. En effet, il est impossible qu'un tribunal arbitral qui tient son investiture de la volonté des parties puisse contraindre des tiers. Les tiers ne peuvent être visés même indirectement.

En premier lieu, contrairement au juge étatique<sup>85</sup>, l'arbitre ne dispose donc pas du pouvoir d'injonction qui lui permettrait d'ordonner la communication de pièces détenues par un tiers, même si ces pièces peuvent être capitales pour l'issue du litige. Dans le meilleur des cas l'arbitre ne peut que solliciter ces derniers et s'en remettre à leur bonne volonté sans toutefois pouvoir user, comme à l'égard des parties, du pouvoir de tirer toutes conséquences de leurs refus, notamment dans la sentence qu'il rendra<sup>86</sup>. On notera dans le même sens que les principaux Règlements d'arbitrage ne permettent pas la production forcée d'éléments de preuve détenues par des tiers<sup>87</sup>, à l'exception peut-être de l'article 3 alinéa 8 du Règlement de l'*International Bar Association* qui énonce que la partie qui souhaite obtenir un élément de preuve détenu par un tiers forme, dans certaines conditions, une demande précise afin que les arbitres prennent toute mesure légalement admissible.

En second lieu, un tribunal arbitral ne peut pas ordonner à un organisme financier, tiers à la convention d'arbitrage, de réaliser un paiement par ailleurs promis contractuellement<sup>88</sup>. On trouve également de nombreux exemples en

85 L'obtention des pièces détenues par un tiers est soumise aux conditions de l'article 138 du CPC. Outre les conditions relatives au document et au juge, l'article 139 alinéa 2 du CPC énonce que « la demande est faite sans forme ».

86 Il est important de noter que même en présence d'une convention d'arbitrage, le juge des référés est compétent pour connaître toutes mesures que la loi attribue à celui-ci dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi du litige. C'est du moins la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 20 mars 1989, Cass. civ.1<sup>re</sup>, 20 mars 1989, *République d'Iran c/ Framatome et autres*, *Rev. arb.* 1989.653 note Ph. Fouchard ; *RTD civ.* 1989.624 obs. R. Perrot.

87 V. notamment article 24 al. 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; article 20 al. 5 du Règlement d'arbitrage de la CCI, article 19 al. 3 du Règlement d'arbitrage de l'AAA ; article 22 al. 1 (c) du Règlement d'arbitrage de la LCIA. Il faut toutefois indiquer que l'article 27 la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international énonce que « le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves ».

88 F. Knoepfler, « Les mesures provisoires et l'arbitrage », *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, L. Cadet (dir.), Th. Clay, E. Jeuland, LexisNexis Litec 2005, spéc. p. 286, n° 438 ; A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, *Sweet and Maxwell*, 4<sup>e</sup> éd. 2004, spéc. p. 396, n° 7-15.

matière de mesures provisoires<sup>89</sup>. Dans le même sens, l'arbitre ne saurait prononcer une saisie attribution<sup>90</sup> car elle implique de saisir dans les mains d'un tiers une créance de somme d'argent. Plus précisément, cette saisie a pour vocation de rendre le tiers débiteur de cette obligation dans la limite de ce que doit le tiers saisi. On retiendra donc que les mesures conservatoires portant sur des biens détenus par des tiers ne relèvent pas des pouvoirs de l'arbitre et donc de son *imperium*.

ii) *L'exclusion des mesures ne relevant pas de l'office de l'arbitre*

21. En premier lieu, il convient d'exclure les mesures appartenant à la *jurisdictio*. Selon nous, quatre éléments permettent de distinguer l'*imperium* de l'arbitre de sa *jurisdictio*. Tout d'abord, par la *jurisdictio* on tranche une contestation au fond, par l'*imperium* on prépare et organise l'exécution de la *jurisdictio*. C'est en ce sens que l'amiable composition doit nécessairement intégrer la *jurisdictio* dans son acception la plus large car il s'agit de trancher une contestation au fond et non de préparer ou d'organiser l'exécution d'une décision. Ensuite, dans ses effets juridiques, la *jurisdictio* est susceptible en principe d'un appel, l'*imperium* ne l'est pas toujours. Par ailleurs, les titulaires de la *jurisdictio* agissent comme des juges, et pour l'*imperium* comme des autorités<sup>91</sup>. Enfin, en matière de *jurisdictio*, la compétence des arbitres est exclusive et l'effet négatif de la convention d'arbitrage, qui traduit le fait qu'en concluant une telle convention les parties ont entendu soustraire leur litige à la compétence du juge étatique, doit être respectée. En revanche, pour les matières relevant de l'*imperium* de l'arbitre, le pouvoir des juges privés est par définition limité. En effet, l'arbitre n'est pas toujours en mesure d'accorder une protection adéquate aux parties. Aussi, l'effet négatif de la convention d'arbitrage doit-il être relativisé. C'est en ce sens que nonobstant la convention d'arbitrage, une partie sera légitime à solliciter le concours des juges étatiques en matière, s'agissant par exemple des mesures provisoires et conservatoires.

En deuxième lieu, il faut exclure les mesures qui sont demandées à un tiers qui ne peut pas être un arbitre. C'est le cas notamment du référé pré-arbitral<sup>92</sup>,

89 Pour un exemple : l'affaire *Kastner v. Jason & Sherman* [2004] EWHC 592 cité par F. Knoepfler, « Les mesures provisoires et l'arbitrage », *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, op. cit. p. 269, spéc. p. 286, n° 438. Il faut remarquer que certains droits refusent que l'arbitre prononce des mesures conservatoires ou provisoires comme en Italie conformément à l'article 818 du CPCI.

90 La saisie attribution est définie par l'article 42 et suivants de la loi du 9 juil. 1991 ; pour une analyse : R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 362 et s., n° 343 et s.

91 En ce sens E. Loquin, « Rapport de synthèse » in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 137, spéc. p. 139 ; l'auteur énonce que « finalement dans l'administration des situations provisoires, l'arbitre ne rend pas véritablement la justice, mais il administre ou il gère des situations urgentes. Ces décisions sont prises indépendamment du fond du litige et de l'examen des droits respectifs des parties ».

92 P. Tercier, « L'expérience de la Chambre de commerce internationale dans le cadre du référé pré-arbitral » in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, dir. J.-

car il s'agit de mesures qui sont ordonnées avant la saisine des arbitres. Dans la plupart des pays<sup>93</sup>, les arbitres ont compétence pour ordonner de semblables mesures, à titre exclusif ou avec le concours des juridictions étatiques. Il faut toutefois pour cela qu'ils aient été saisis, ce qui suppose l'ouverture de la procédure arbitrale<sup>94</sup>. Dans le même sens, le référé-provision<sup>95</sup> ne relevant pas de la compétence de l'arbitre ne peut intégrer son *imperium*. En effet, le référé-provision est une mesure qui relève de la compétence du juge des référés pour statuer sur une demande urgente de l'une des parties, et à condition que le tribunal arbitral n'ait pas encore été saisi du litige.

En troisième lieu, il faut également exclure les mesures qui ne respectent pas le principe du contradictoire qui, comme le rappelle la Cour d'appel de Paris, « impose que chaque partie soit mise en demeure de débattre contradictoirement des faits de la cause et que rien de ce qui sert à fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties »<sup>96</sup>. On peut citer à titre d'exemples les mesures *ex parte* ordonnées par un tribunal arbitral sous la forme d'une sentence arbitrale, car celles-ci sont prises sans l'audition de la partie contre laquelle la mesure est requise<sup>97</sup> et donc en violation du principe du contradictoire.

### iii) L'exclusion des mesures relevant des voies d'exécution

22. S'agissant des voies d'exécution, on indique d'une part qu'elles constituent une limite aux pouvoirs des arbitres<sup>98</sup>, et d'autre part, qu'elles sont réservées « aux autorités de l'État »<sup>99</sup> et qu'en conséquence elles ne sont pas la disposition de l'arbitre. Mais que faut-il entendre par voies d'exécution ? Doit-on exclure les mesures conservatoires des voies d'exécution ? Que doit-on en conclure s'agissant de l'arbitre ?

M. Jacquet, E. Jolivet, Litec 2007 p. 47, spéc. p. 48 ; J.-Y. Garaud, C.-H. de Taffin, « Le règlement de référé pré-arbitrale de la CCI », *Bull. CCI*, vol. 16/1, 2005.

93 Pour une analyse : S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires*, Études de droit comparé, Zurich 1998, spéc. p. 23 et s ; J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant 2002, p. 499 et s.

94 Auparavant, la partie qui souhaite obtenir des mesures provisoires n'a pas d'autre choix que de s'adresser au juge étatique compétent, selon les règles de procédure interne ou les règles de droit international privé.

95 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, p. 741, n° 1339 et s.

96 CA Paris, 14 oct. 1993, *JDI* 1994.446 note E. Loquin.

97 Pour des études : v. not., F. Knoepfler, « Les mesures provisoires et l'arbitrage », *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, op. cit., spéc. p. 290, n° 448 ; G. Kaufmann-Köhler, « Mesures *ex parte* et injonctions préliminaires » in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 91 ; A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, 4<sup>e</sup> éd. 2004, spéc. p. 397, n° 7-17.

98 V. not. D. Hascher, « L'exécution provisoire en arbitrage international », *Études à Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 403, spéc. p. 416.

99 V. not. P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires » in *Études à Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 437, spéc. n° 16.

La notion de voies d'exécution est difficile à cerner mais il est évident que celle-ci implique l'idée d'exécution forcée. En ce sens, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 1991 dispose que « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ». Les voies d'exécution rassembleraient alors tous les moyens au service de l'exécution. Est-ce à dire que toutes les mesures relevant de l'exécution appartiennent à la matière ? Une réponse négative s'impose, car l'exécution forcée implique, premièrement, la réalisation d'une décision au fond ou d'un droit substantiel, et deuxièmement, la contrainte matérielle<sup>100</sup>. Pour ce qui concerne le premier élément, nous indiquerons que les voies d'exécution<sup>101</sup> sont incontestablement le prolongement indispensable mais bien distinct, d'une part, du droit substantiel, c'est-à-dire du droit commercial ou du droit civil, car ce sont ces droits qui créent les liens juridiques entre deux ou plusieurs personnes aux termes desquels le créancier peut contraindre le débiteur à effectuer un paiement, et d'autre part, du procès car il permet au créancier de se voir investir officiellement de ses droits<sup>102</sup>. S'agissant du deuxième élément, il est manifeste que l'exécution forcée est le produit de la contrainte matérielle<sup>103</sup> qui implique le plus souvent le concours d'un organe de contrainte investi par l'État. Incontestablement, la saisie vente, qui a pour objet de procéder à la vente forcée du bien mobilier saisi, répond à ces critères et relève de la matière des voies d'exécution. De même peut-on inclure dans cette catégorie, la saisie immobilière, la saisie-attribution, la saisie des droits corporels. Comme elles relèvent de la compétence exclusive des tribunaux étatiques, l'arbitre ne peut pas prononcer de telles mesures.

En revanche, les mesures conservatoires<sup>104</sup> ne sont pas des voies d'exécution<sup>105</sup> car, d'une part, elles relèvent du droit substantiel ou de procédures spécifiques, et d'autre part, elles ont pour effet unique de rendre le bien indisponible. En premier lieu, on indiquera que les saisies conservatoires<sup>106</sup> sont des mesures qui sont prononcées par des juges qui statuent non seulement sur l'octroi de la saisie mais aussi sur le fond du litige. En ce sens, les saisies

100 En ce sens G. Cuniberti, *Les Mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ 2000, p. 38, n° 43 et s.

101 G. Cornu (dir.), V° « Voie d'exécution » in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 935 : « a/ (sens strict) moyen par lequel une personne peut, avec le concours de l'autorité publique, obtenir l'exécution forcée des engagements pris envers lui, spécialement contraindre celui qui a été condamné ou s'est engagé dans certaines formes à satisfaire à ses obligations. Ex. La saisie-exécution, la saisie immobilière ».

102 Remarquons toutefois que les voies d'exécution ne sont pas toujours la suite et la conséquence d'une procédure judiciaire.

103 Ce qui exclut l'exécution volontaire du débiteur, spontané ou sous pression. En ce sens : G. Cuniberti, *Les Mesures conservatoires ...*, op. cit. p. 39, n° 44.

104 Remarquons que la loi du 9 juil. 1991 distingue dans son article 1<sup>er</sup> l'exécution forcée des mesures conservatoires.

105 Pour une analyse : G. Cuniberti, *Les Mesures conservatoires...*, op. cit., p. 41 n° 47 et s.

106 G. Cornu (dir.), V° « saisie conservatoire » in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 809.

conservatoires se distinguent des voies d'exécution<sup>107</sup>. En second lieu, les saisies conservatoires n'ont pas pour effet d'attribuer au créancier les sommes saisies mais de produire un effet d'indisponibilité. Le débiteur ne peut alors aliéner le bien qui a été saisi à titre conservatoire. En ce sens, les saisies conservatoires se distinguent des mesures d'exécution forcée, car si certaines ont elles aussi pour effet de rendre le bien indisponible, il ne s'agit que d'une phase intermédiaire qui prépare l'attribution du bien<sup>108</sup>. En revanche pour les saisies conservatoires, l'indisponibilité est l'unique finalité même si à défaut de paiement et par l'effet d'une conversion la saisie conservatoire est transformée en une mesure d'exécution forcée telle que la saisie attribution<sup>109</sup>. Par conséquent, les mesures conservatoires ne relevant pas des voies d'exécution, la compétence exclusive des tribunaux étatiques se trouve selon nous invalidée.

Aussi faut-il distinguer les voies d'exécution au sens strict qui relèvent de l'exclusivité des juridictions étatiques, et les voies d'exécution au sens large, qui sont de la compétence de la justice étatique et sous certaines conditions de la justice arbitrale.

23. Doit-on conclure de ce qui précède à l'impossibilité de l'arbitre pour prononcer une saisie conservatoire de droit commun<sup>110</sup> ? Une réponse nuancée doit être apportée car les biens à saisir peuvent se trouver soit entre les mains du débiteur, soit entre les mains d'un tiers.

Dans cette seconde configuration il faut procéder, en droit judiciaire français, à un acte de saisie signifié au tiers selon les conditions fixées par l'article 224 alinéa 1 du décret du 31 juillet 1992. Partant, l'arbitre ne peut pas être doté de ce pouvoir<sup>111</sup>. Incontestablement, la saisie vente ne relève pas de son *imperium*.

En revanche, pour ce qui concerne la première hypothèse, rien ne s'oppose, selon nous, à ce que l'arbitre prononce une saisie conservatoire sur un bien corporel qui se trouve entre les mains d'une des parties. Une partie de la doctrine<sup>112</sup> considère toutefois que les saisies conservatoires relèvent des voies

107 Par ailleurs, les mesures telles que l'attribution d'une provision ou la désignation d'un séquestre sont réalisées aux termes de procédures spécifiques. Le séquestre est une « espèce de dépôt qui consiste à confier à la garde d'un tiers soit une chose litigieuse (ou saisie) – jusqu'au règlement du litige –, soit une chose offerte en garantie par le débiteur, soit plus spécialement le prix de cession de certains biens (fonds de commerce, droit au bail) jusqu'à l'expiration d'un délai de réclamation ou d'opposition » ; G. Cornu (dir.), V° « séquestre » in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 825. Avec le séquestre, il s'agit d'assurer la conservation d'un bien qui est l'objet notamment du procès.

108 R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2005, n° 815 p. 734 ; G. Cuniberti, *Les mesures conservatoire...*, *op. cit.*, p. 41, n° 47 et s.

109 R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 815 p. 734.

110 G. Cornu (dir.), V° « Saisie conservatoire » in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 809.

111 P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires » in *Études à Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, spéc. n° 15 p. 450.

112 Ch. Jarrosson, *J.-Cl. Com.*, fasc. 197 arbitrage commercial, droit interne, 2006, n° 92 ; P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires », *op. cit.*, spéc. n° 16 p. 452 ; Ph.

d'exécution et en tant que telles sont de la compétence exclusive des tribunaux étatiques. En ce sens MM. Fouchard, Gaillard et Goldman énoncent que « certaines mesures conservatoires ont pour objet de faciliter l'exécution de la sentence arbitrale à intervenir en rendant indispensable les biens sur lesquels elle pourrait être exécutée. Tel est le cas de la saisie conservatoire par exemple. Ces mesures de coercition relèvent de la compétence exclusive des juridictions étatiques et l'existence d'une convention d'arbitrage ou d'une procédure arbitrale en cours ne prive pas les juridictions étatiques du pouvoir de telles mesures »<sup>113</sup>. Cette position est par ailleurs confirmée en jurisprudence dans un arrêt de principe du 20 mars 1989 par la Cour de cassation<sup>114</sup>, qui affirme la possibilité de faire pratiquer une saisie conservatoire sur des sommes d'argent au motif que l'appréciation par le juge des référés de l'apparence n'implique pas leur examen au fond réservé aux arbitres. Cette solution, aussi claire soit-elle, ne saurait cependant exclure l'arbitre du prononcé d'une telle saisie et cela pour deux raisons.

Tout d'abord, en soumettant à l'arbitre leur différend, les parties lui confèrent le pouvoir de connaître l'ensemble du contentieux<sup>115</sup>, y compris la possibilité de déterminer si « la créance paraît fondée en son principe »<sup>116</sup>.

Ensuite, il faut distinguer d'une part, les pouvoirs injonctifs qui appartiennent conjointement aux juges et aux arbitres (*imperium mixtum*), et d'autre part, le commandement de la force publique qui est le monopole exclusif des juridictions étatiques (*imperium merum*). En ordonnant une saisie conservatoire, l'arbitre, juge alternatif et non concurrent, n'empiète par sur les voies d'exécution. Il ne fait qu'exercer un pouvoir intellectuel afin de rendre un bien indisponible ce qui ne peut être vu comme une mesure d'exécution forcée.

L'étape suivante est alors l'accueil de la mesure qui relève du juge de l'*exequatur* ou du juge de l'annulation selon les règles spécifiques nationales. En principe donc rien ne s'oppose à ce qu'un arbitre autorise une saisie conservatoire<sup>117</sup>. C'est pourquoi la position de M. Ancel doit être soutenue : « et l'on peut affirmer que si la compétence de l'arbitre international est limitée

Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, p. 739, n° 1334.

113 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 739, n° 1334.

114 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1989, *République d'Iran c/ Framatome et autres*, *Rev. arb.* 1989.653 note Ph. Fouchard ; *RTD civ.* 1989.624 obs. R. Perrot.

115 Cela n'empêche pas que les parties peuvent éventuellement, par un accord antérieur à l'instance arbitrale, borner l'office de l'arbitre soit en renvoyant à une loi de procédure nationale, soit par la *lex arbitri* ou bien par un règlement d'arbitrage. Ainsi, l'arbitre ne pourrait pas imposer, contre la volonté des parties, des saisies conservatoires.

116 L'article 67 de la loi du 9 juil. 1991 dispose : « toute personne dont la créance paraît en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire ».

117 *Contra* P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires », *op. cit.*, spéc. n° 16 p. 452.



dans son objet par la volonté des parties – il ne peut statuer que sur le litige que les parties lui ont soumis – il dispose, pour statuer, d'une compétence de pleine juridiction, qui doit lui permettre de prendre toutes mesures provisoires ou conservatoires, même contraignantes, sous réserve que sa décision reçoive l'exequatur du juge étatique dans les conditions du droit commun »<sup>118</sup>. Aussi, les saisies conservatoires devraient-elles se ranger dans la catégorie des mesures relevant par principe dans l'*imperium* de l'arbitre.

b) Les mesures incluses

24. Les mesures qui entrent dans la catégorie de l'*imperium* de l'arbitre sont nombreuses et très hétérogènes ce qui rend sa conceptualisation délicate. Toutefois, il semble qu'une typologie des mesures relevant de l'*imperium* de l'arbitre puisse être proposée (ii). Auparavant nous analyserons plus précisément l'astreinte au regard de l'arbitre afin de déterminer si cette dernière relève de son *imperium*. Partant, cela nous permettra de poser les premiers jalons de notre typologie (i).

i) L'astreinte

25. La question du pouvoir de l'arbitre d'assortir ses injonctions d'astreintes est intéressante au regard de la notion d'*imperium* car, comme l'expose M<sup>me</sup> Rivier, « la solution dépend en réalité de l'analyse de la nature juridique de l'astreinte – de son rattachement au glaive ou à la balance [...] »<sup>119</sup>. En effet, la difficulté provient de ce que l'astreinte n'est pas seulement une condamnation pécuniaire mais aussi un véritable moyen de contrainte exercé à l'encontre du débiteur récalcitrant. La nature de cette institution, qui semble relever davantage du commandement, et donc de l'*imperium merum*, que de l'*imperium mixtum* ou de la *jurisdictio*, nous conduit à déterminer précisément la catégorie juridique dans laquelle s'inscrit l'astreinte. Si l'astreinte relève de son *imperium*, alors l'arbitre pourra en être titulaire et s'en réclamer sans véritable restriction<sup>120</sup>. En revanche, si l'astreinte est associée à la *jurisdictio*, l'arbitre sera tenu de respecter strictement la convention des parties, comme nous le démontrerons par la suite. Enfin, si l'astreinte intègre la catégorie de l'*imperium merum* ou *summum*, alors l'arbitre ne pourra en être paré faute de pouvoir exercer concrètement la souveraineté territoriale d'un État.

Avant de prendre parti dans un sens ou dans un autre, il paraît important de rappeler en premier lieu que l'astreinte, institution pratiquement inconnue en dehors de la France<sup>121</sup>, est « une condamnation pécuniaire accessoire et

118 J.-P. Ancel, « Commentaires et conclusions » in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n° 519, 1993 p. 114, spéc. p. 117.

119 M.-Cl. Rivier, « L'arbitrage et le droit des procédures civiles d'exécution », *Dr. & proc.* 2005, p. 198, spéc. n° 22.

120 Rappelons que l'astreinte est prononcée de façon discrétionnaire, en ce sens que le juge n'est pas tenu de l'ordonner, et n'est lié ni dans la détermination de son taux, ni de son montant ou de sa durée.

121 Dans les pays de *civil law*, on constate que l'astreinte est absente des droits allemand, italien et espagnol et n'a guère plus de succès au Portugal. En définitive, seuls les pays du Benelux

éventuelle, généralement fixée à tant par jour de retard, qui s'ajoute à la condamnation principale pour le cas où celle-ci ne serait pas exécutée dans le délai prescrit par le juge et tend à obtenir du débiteur, par la menace d'une augmentation progressive de sa dette d'argent, l'exécution en nature d'une obligation supposant son fait personnel »<sup>122</sup>. Elle présente à ce titre un caractère coercitif et peut être provisoire ou définitive. En second lieu, il convient d'indiquer que la « chronologie de l'astreinte » va du prononcé de l'injonction jusqu'à l'exécution de l'astreinte elle-même et peut se résumer à quatre étapes : le prononcé d'une astreinte, sa liquidation et son exécution forcée.

Dans cette étude, nous n'envisagerons que le prononcé et la liquidation de l'astreinte car il ne fait aucun doute que l'exécution forcée, pouvoir coercitif par excellence, relève de l'*imperium summum* et n'est donc pas à la disposition de l'arbitre. Il convient donc de s'interroger sur la possibilité pour l'arbitre de prononcer une astreinte et de la liquider.

#### - Le prononcé de l'astreinte

26. En doctrine, le débat a été vif en raison précisément de la nature hybride de l'astreinte. Les auteurs<sup>123</sup> qui militaient contre le pouvoir de l'arbitre de prononcer une astreinte avançaient principalement deux types d'arguments. L'absence d'*imperium*, tout d'abord, doit conduire à interdire à l'arbitre de prononcer une mesure qui en est imprégnée<sup>124</sup>. Un argument de texte ensuite : l'alinéa 2 de l'article 1460 du Code de procédure civile prévoit que « les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale ». Or, si le premier alinéa de l'article 11 du Nouveau Code de procédure civile, qui prévoit la possibilité pour le juge de tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus des parties d'apporter leur concours aux mesures d'instruction trouve ici à s'appliquer, en revanche seul l'article 11 alinéa 2 prévoit à l'expressément la possibilité d'infliger l'astreinte.

(Belgique, Pays-Bas et Luxembourg) la connaissent et l'utilisent. Elle est alors un moyen de contraindre les plaideurs à exécuter les décisions de justice les condamnant. Pour le *common law* anglais, l'astreinte ne connaît qu'un parent éloigné, la *contempt of court* qui est la répression pénale sanctionnant le plaideur qui ne se soumet pas à la décision rendue à son encontre ; v. not. J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant 2002, spéc. p. 494 n° 540 ; pour la Suisse : L. Lévy, « Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse », *Bull. ASA* 2001, 1, 21.

122 G. Cornu (dir.), V° « Astreinte » in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 85.

123 Ph. Théry, « *Judex Gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 477, spéc. n° 13-17 ; R. Perrot, « L'application à l'arbitrage des règles du Nouveau Code de Procédure Civile », *Rev. arb.* 1980.642, spéc. p. 645 ; J. Robert, *L'Arbitrage : droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. 1993, spéc. n° 175-176 ; E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI* 1983.293, spéc. p. 307.

124 R. Perrot, « L'application à l'arbitrage des règles du Nouveau Code de Procédure Civile », *Rev. arb.* 1980.642, spéc. p. 645. Pour l'auteur, il est inconcevable que « des arbitres dépourvus d'*imperium* puissent manier une mesure qui en est imprégnée ».

27. Si le débat doctrinal a été animé, il ressort de la jurisprudence que les arbitres ont bien le pouvoir d'assortir leurs décisions d'une astreinte. L'arrêt le plus ancien date du siècle dernier<sup>125</sup>, les décisions les plus récentes émanent en majorité des juridictions de second degré. Dans un arrêt en date du 26 septembre 1984, la Cour d'appel de Rennes a tout d'abord implicitement reconnu le pouvoir de l'arbitre de prononcer une astreinte, en indiquant que « la sentence rendue en premier ressort n'ayant pas reçu l'*exequatur* et étant ainsi privée de force exécutoire, ses dispositions relatives à l'astreinte n'ont pu prendre effet »<sup>126</sup>. Plus explicite, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 8 juin 1990 pose que les arbitres, en matière d'arbitrage international, avaient « la possibilité de choisir librement le mode de réparation le plus équitable entre les deux modalités envisagées par le demandeur : exécution en nature sous astreinte ou réparation pécuniaire »<sup>127</sup>. Dans le même courant de pensée la Cour d'appel de Paris a reconnu le 26 avril 1990 aux arbitres le pouvoir de prononcer une condamnation sous astreinte<sup>128</sup>. Réaffirmant le pouvoir de l'arbitre en matière d'astreinte, la Cour d'appel de Paris a entendu rattacher le 24 mai 1991, pour la première fois et avec force, l'astreinte à la *jurisdictio* et l'exclure par voie de conséquence de l'*imperium merum*. Aussi, a-t-il été jugé que « le prononcé d'une astreinte, visant à assurer l'exécution de la sentence constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger et dont le caractère comminatoire et de peine privée ne saurait permettre de l'assimiler à un acte d'*imperium* ne caractérise pas un outrepassement de la mission des arbitres »<sup>129</sup>. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a énoncé le 15 mars 1995 que « le prononcé d'astreintes visant à assurer l'exécution de la sentence constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger et ne caractérise pas un outrepassement de la mission des arbitres »<sup>130</sup>. L'arrêt semble apporter une précision en ce sens qu'elle autorise l'arbitre à prononcer une astreinte en dehors d'une demande spécifique des parties<sup>131</sup>. Plus récemment, ces termes ont été repris par la même Cour dans le célèbre arrêt *Otor*<sup>132</sup> en date du 7 octobre 2004.

28. Aujourd'hui ce courant jurisprudentiel qui reconnaît à l'arbitre le pouvoir de prononcer une astreinte recueille l'approbation de la majorité de la

125 Cass. civ., 25 juil. 1882, *DP.* 1883 I p. 243 ; *S.* 1883 I p. 345.

126 CA Rennes, 26 oct. 1984, *Rev. arb.* 1986.441 note P. Ancel.

127 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 8 juin 1990 (*Sté Hoche Friedland*), *Rev. arb.* 1990.917, obs J.-H. Moitry, C. Vergne.

128 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 26 avril 1990 (*Sté Sermap*), inédit, cité par J.-H. Moitry, C. Vergne, *Rev. arb.* 1990.917, sous CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 8 juin 1990 (*Sté Hoche Friedland*).

129 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 24 mai 1991 (*Fleury*), *Rev. arb.* 1992.636, obs. J. Pellerin.

130 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 10 mars 1995 (*Tardivel*), *Rev. arb.* 1996.143, obs. Y. Derains ; *RTD com.* 1996.659 obs. J.-Cl. Dubarry, E. Loquin.

131 *Contra* MM. Moitry et Vergne, note sous CA Rennes, 26 oct. 1984, *Rev. arb.* 1986.441.

132 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 7 oct. 2004, *Sté Otor Participations contre SARL Carhyle* ; *JCP G* 2005, II, n° 10071, note J.-M. Jacquet ; *Rev. arb.* 2005.737, note E. Jeuland ; *JDI* 2005.341, note A. Mourre.

doctrine<sup>133</sup>. L'argument principal qui doit être approuvé postule que l'arbitre, comme le juge étatique, peut prononcer une condamnation assortie d'une astreinte car celle-ci est en quelque sorte le prolongement du pouvoir juridictionnel de l'arbitre. C'est en ce sens que M. de Boissésou affirme que « le pouvoir d'assurer l'exécution est une composante essentielle de la fonction de juger [...]. Il convient dès lors de dissocier la procédure d'exécution forcée de la sentence arbitrale, qui nécessite la formalité de l'*exequatur*, et le prononcé d'une astreinte, qui vise à obtenir l'exécution de la sentence, en faisant appel à l'idée de commination et de peine privée, plutôt que de contrainte étatique. Le prononcé d'une astreinte ne saurait s'identifier avec un acte d'*imperium*, c'est-à-dire un acte faisant bénéficier la décision prononcée du dispositif de contrainte étatique »<sup>134</sup>. Par ailleurs, l'argument fondé sur l'article 11 alinéa 2 de l'article 1460 du Code de procédure civile n'est pas convaincant car ce silence n'a pas été pensé pour constituer un obstacle au pouvoir de l'arbitre de prononcer des astreintes, mais pour rappeler que l'arbitre n'a pas de pouvoir coercitif à l'égard des tiers en raison de l'effet relatif de la convention d'arbitrage<sup>135</sup>.

Pour notre part, nous approuvons les derniers arguments et les solutions jurisprudentielles concordantes. Nous souscrivons ainsi à l'idée selon laquelle ce pouvoir de l'arbitre ne provient pas de l'*imperium merum*<sup>136</sup> car il ne s'agit pas de l'exécution forcée *stricto sensu*, mais d'une mesure de contrainte qui a pour but d'obtenir l'exécution effective du débiteur récalcitrant.

Par ailleurs, si l'astreinte ne relève pas de l'*imperium merum* et *summum*, elle ne relève pas non plus de la *jurisdictio* en raison de sa nature et de son régime. S'agissant de sa nature, il faut rappeler que « l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts »<sup>137</sup>. L'astreinte ne présente donc pas le caractère d'une réparation, mais celui d'une peine privée, liquidée « en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des diffi-

133 Th. Clay, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 9, spéc. p. 17, p. ; E. Jeuland sous CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 7 oct. 2004, *Sté Otor Participations contre SARL Carlyle*, *Rev. arb.* 2005.737, spéc. p. 744 ; M.-Cl. Rivier, « L'arbitrage et le droit des procédures civiles d'exécution », *Dr. & proc.* 2005, p. 198, spéc. n° 22 ; M. de Boissésou, *Le Droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly 1990, spéc. n° 306 ; Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 245, spéc. n° 66 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 1274.

134 M. de Boissésou, *Le Droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly 1990, spéc. n° 306.

135 En ce sens, E. Jeuland sous CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 7 oct. 2004, *Sté Otor Participations contre SARL Carlyle*, *Rev. arb.* 2005.737, spéc. p. 744 ; J. Pellerin, sous CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 24 mai 1991 (*Fleury*), *Rev. arb.* 1992.636.

136 V. not. Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 245, spéc. n° 66.

137 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 1959, *JCP G* 1960.II.11449, note P. Mazeaud : « l'astreinte provisoire, mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts [...] » ; Article 34 alinéa 1 de la loi n° 91-650 du 9 juil. 1991.

cultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter »<sup>138</sup>. C'est pourquoi elle est versée au créancier et non au Trésor public. En d'autres termes, l'astreinte ne peut être associée au pouvoir de dire le droit car, qu'elle soit provisoire ou définitive, elle a pour but d'assurer l'exécution d'un jugement. Il ne s'agit en aucun cas de pénaliser un débiteur pour ne pas avoir exécuté une obligation imposée par une loi ou un contrat, mais seulement de le frapper pour le retard dans l'exécution dudit jugement. S'agissant du régime, l'astreinte ne peut être associée à la *jurisdictio* car le juge compétent pour connaître d'un tel moyen de pression n'est pas le juge chargé de statuer sur le fond : « tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution »<sup>139</sup>. Ainsi, le pouvoir d'ordonner une astreinte appartient non seulement au tribunal de grande instance mais aussi au tribunal de commerce, aux juges uniques comme le juge des référés, et par extension au juge de l'exécution institué la loi du 9 juillet 1991. En outre, tout juge étatique peut ordonner l'astreinte d'office<sup>140</sup>, pour un montant qu'il détermine librement<sup>141</sup>, et sans avoir à respecter le principe de la contradiction<sup>142</sup>.

#### - La liquidation de l'astreinte

29. *A priori*, il semble que la liquidation de l'astreinte relève de l'*imperium merum*. Dès lors, seul un juge étatique pourrait connaître de la liquidation. C'est en ce sens que la Cour d'appel de Rennes<sup>143</sup> puis la Cour d'appel de Paris<sup>144</sup> ont jugé que le tribunal arbitral n'avait pas le pouvoir de liquider l'astreinte qu'il avait prononcée. L'arrêt énonce que « la juridiction compétente pour liquider à titre définitif l'astreinte, qu'en l'espèce, le tribunal arbitral ne peut déterminer, car il ne peut connaître de l'exécution de ses sentences, est, quelles que soient les règles de compétence concernant le fond du litige, le tribunal de grande instance compétent pour connaître des difficultés d'exécution »<sup>145</sup>. Cette solution a été approuvée par une partie de la doctrine<sup>146</sup> qui avance deux arguments. Tout d'abord, cette solution est conforme

138 Article 36 de la loi n° 91-650 du 9 juil. 1991.

139 Article 33 de la loi n° 91-650 du 9 juil. 1991 ; ce pouvoir est exercé par tout juge de l'ordre judiciaire et a été élevé au rang de principe général du droit par le Conseil d'État, CE. 10 mai 1974, *RTD. civ.*, 1975 p. 353, obs. J. Normand.

140 Article 33 de la loi n° 91-650 du 9 juil. 1991 ; v. notamment CA Paris, 23 juin 1983, *Rev. arb.* 1984.527, obs. Th. Bernard.

141 Article 36 de la loi n° 91-650 du 9 juil. 1991.

142 Article 37 de la loi n° 91-650 du 9 juil. 1991. En droit de l'arbitrage, le respect du contradictoire s'impose à l'arbitre.

143 CA Rennes, 26 oct. 1984, *Rev. arb.* 1986.441 note P. Ancel ; la Cour de Rennes énonce que si la sentence avait été exequaturée, le tribunal étatique aurait pu la liquider. La Cour n'indique pas expressément que le tribunal arbitral n'aurait pas pu liquider lui-même l'astreinte.

144 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch., 11 oct. 1991 (*Fleury*), *Rev. arb.* 1992.636 (2<sup>e</sup> esp.), obs. J. Pellerin.

145 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch., 11 oct. 1991 (*Fleury*), *op. cit.*, obs. J. Pellerin.

146 M. de Boissésou, *Le Droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly 1990, spéc. n° 306 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant

à l'esprit et à la lettre de la loi de 1991, qui attribue le plus souvent la liquidation de l'astreinte au juge de l'exécution et non au juge qui l'a prononcée<sup>147</sup>. C'est donc à partir de cet instant que se manifeste le caractère contraignant de la mesure. Cette idée est confortée par le fait que l'astreinte ne peut donner lieu à aucune mesure d'exécution forcée avant sa liquidation. Par conséquent la liquidation fait le lien entre le moment précédent où l'astreinte comminatoire n'est encore que potentiellement contraignante, au sens où la partie condamnée peut encore s'exécuter spontanément et ne pas la subir, et celui de l'exécution forcée, où elle le devient effectivement. Ensuite, l'article 1475 alinéa 1 du Code de procédure civile dispose que « la sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'il tranche ». Ce principe interdit qu'une des parties revienne devant le tribunal arbitral pour demander la liquidation de l'astreinte.

Mais est-ce à dire que l'arbitre n'est pas susceptible de liquider l'astreinte ? Autrement dit, la liquidation de l'astreinte relève-t-elle véritablement de l'*imperium merum* ? La réponse se trouve dans la notion de contrainte étatique. Si la liquidation de l'astreinte implique un ordre donné à un organe d'exécution tel qu'un huissier, alors il ne fait pas de doute que cet ordre intègre la catégorie de l'*imperium merum* et n'est donc pas à la disposition de l'arbitre. La liquidation de l'astreinte consiste simplement à tirer les conséquences de l'inexécution et revient en réalité à fixer la peine privée, à passer du stade de l'intimidation à celui de la sanction. Il ne s'agit donc pas d'un ordre d'exécution donné à un huissier. Calculer un montant même définitif<sup>148</sup> ne peut être assimilé à un ordre donné à la force publique. La liquidation de l'astreinte relève donc de l'*imperium* de l'arbitre.

Néanmoins, si l'arbitre peut liquider l'astreinte, il n'est pas toujours en mesure de le faire car au moment où la liquidation intervient l'arbitre est en principe dessaisi du litige. Matériellement, l'arbitre serait donc incapable de liquider l'astreinte prononcée dans une sentence définitive. En revanche, rien n'empêcherait l'arbitre de liquider l'astreinte dans une sentence intermédiaire car il est toujours saisi du fond du litige<sup>149</sup>. Par conséquent, la liquidation de l'astreinte pourrait être demandée soit au juge de l'exécution après l'*exequatur* de la sentence définitive, soit au tribunal arbitral avant cette dernière. Le prononcé et la liquidation d'une astreinte relève donc de l'*imperium* de l'arbitre.

2002, spéc. p. 494 n° 540 ; Ch. Kaplan, « L'astreinte : un remède au défaut de pouvoir coercitif de l'arbitre ? », *Le Juriste*, juin/juil. 2001, p. 43, spéc. p. 45.

147 Rappelons que la loi du 9 juil. 1991 a désigné, dans la quasi-totalité des cas, le juge de l'exécution pour liquider les astreintes, lesquelles peuvent pourtant être prononcées par « tout juge ».

148 En matière d'astreinte définitive, la question est un peu plus sensible car le montant déterminé, est comme son nom l'indique, définitif, de sorte que le taux fixé par le premier organe juridictionnel n'est pas révisable.

149 En ce sens : E. Jeuland sous CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. civ, 7 oct. 2004, *Sté Otor Participations contre SARL Carlyle*, *Rev. arb.* 2005.737, spéc. p. 744 ; Th. Clay, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in *Les Mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, *op. cit.* p. 9, spéc. p. 18 n° 36.

ii) *Typologie des mesures relevant de l'imperium de l'arbitre*

30. Les mesures relevant de l'*imperium* de l'arbitre peuvent se ranger au sein de deux catégories, celles qui organisent le procès arbitral et celles qui organisent les relations entre les parties.

- *Les mesures organisant le procès arbitral*

31. Tout d'abord, l'*imperium* de l'arbitre vise seulement certaines mesures d'administration judiciaire, car celles-ci ne peuvent impliquer des tiers à la convention d'arbitrage<sup>150</sup> et ne concernent que l'office de l'arbitre à proprement parler<sup>151</sup>. C'est le cas notamment des mesures qui tendent à rassembler plusieurs procédures telles que les jonctions d'instances et tous les actes qui ne sont pas de la compétence des arbitres, comme l'organisation des services judiciaires. Aussi retiendra-t-on que les actes d'administration judiciaires à la disposition des arbitres concernent la fixation du lieu de l'arbitrage, des délais de production des mémoires, du calendrier des audiences<sup>152</sup>, du choix de la langue de procédure. En outre, les arbitres peuvent autoriser la tenue de réunions en dehors du lieu de l'arbitrage, régler les difficultés liées à la traduction des documents, statuer sur la possibilité de rendre une ou plusieurs sentences lorsque la compétence des arbitres est discutée.

Ensuite, il s'agit des mesures destinées à préserver des preuves ou *discovery* qui peuvent inclure la condamnation d'une partie à produire des éléments de preuve, le prononcé et la liquidation d'une astreinte<sup>153</sup>, la mise sous scellés, l'autorisation d'inspection d'un lieu ou d'une machine. Les arbitres restent libres de fixer la liste des témoins à auditionner ou de désigner un expert. Dans ce dernier cas sont visés les experts de gestion, les administrateurs provisoires et l'ensemble des mandataires *ad hoc*, notamment les contrôleurs de gestion. Par ailleurs il faut inclure l'astreinte, c'est-à-dire la pénalité par laquelle l'arbitre fait pression sur le débiteur d'une obligation afin qu'il exécute la décision.

Enfin, l'*imperium* de l'arbitre vise l'octroi d'une provision. L'arbitre peut enjoindre aux parties, ou à l'une d'entre elles, de constituer une provision pour les coûts relatifs à la procédure : « *security for costs* ». Institution inconnue du droit français<sup>154</sup> et consacrée en Angleterre<sup>155</sup>, la *security for costs* intègre assu-

150 En ce sens : Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 245, spéc. n° 73.

151 Cela exclut notamment le pouvoir d'ordonner les jonctions et les disjonctions d'instance : Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 245, spéc. n° 73 ; cf. *supra* n° 231.

152 L'arbitre fait usage de son *imperium* lorsqu'il modifie le lieu d'une audience où il accorde un délai supplémentaire à une partie pour déposer son mémoire en défense.

153 Cf. notre thèse p. 166 et s.

154 La caution *judicatum solvi* a été abolie par la Loi n° 73-42 du 9 janv. 1973 relative à la nationalité française. Il faut par ailleurs que dans la plupart des lois d'arbitrage et règlements d'arbitrage ne comportent pas de dispositions relatives à la caution *judicatum solvi*.

155 L'article 25 alinéa 2 du Règlement de la LCIA autorise expressément le tribunal arbitral à ordonner la constitution d'une provision couvrant les frais qui seront engagés par le défendeur.

rément l'*imperium* de l'arbitre car elle constitue le prolongement de la *jurisdictio*. En effet, cette mesure ne concerne pas la résolution du différend car elle vise simplement à ordonner la constitution d'une garantie qui comprend le plus souvent les honoraires des arbitres ainsi que les frais engagés par les parties. C'est à cet effet que la section 38 alinéa 3 de l'*Arbitration Act 1996* dispose que « le tribunal arbitral peut ordonner au demandeur de constituer une sûreté pour le paiement des frais de l'arbitrage ».

- *Les mesures organisant les rapports entre les parties*

32. Tout d'abord, l'*imperium* de l'arbitre comprend l'exécution provisoire, qui a pour fonction de poursuivre l'exécution d'une décision qui autrement aurait été frappée par l'effet suspensif des voies de recours<sup>156</sup>. En droit français, les arbitres disposent de la faculté d'assortir<sup>157</sup> leurs sentences arbitrales de l'exécution provisoire soit à la demande d'une partie soit de leur propre initiative, et ce sur tout ou partie de la sentence<sup>158</sup>. En ce sens, l'octroi de l'exécution provisoire relève du pouvoir juridictionnel de l'arbitre car il tend à assurer une meilleure efficacité à la sentence<sup>159</sup>. En revanche, comme pour l'astreinte, l'exécution provisoire peut être prononcée pendant l'instance arbitrale en matière de mesures provisoires et conservatoires, et dans cette hypothèse elle est de droit. Ensuite, il faut inclure dans la liste les mesures destinées à aménager ou à poursuivre les rapports contractuels : cela peut inclure l'exécution des obligations de faire, comme la restitution d'une carte de crédit, l'ordre donné à un litigant de continuer des travaux, de poursuivre des versements y compris sur un compte bloqué, de suspendre ou au contraire de poursuivre l'exécution du contrat de base, ou bien de vendre un produit. Enfin, il s'agit des mesures destinées à assurer l'exécution effective de la sentence finale, c'est-à-dire de l'interdiction de disposer de ses biens ou de ses comptes bancaires, ou plus encore de constituer une garantie bancaire en faveur de l'autre litigant<sup>160</sup>.

En définitive l'*imperium* de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche – *jurisdictio* – dans la

156 D. Hascher, « L'exécution provisoire en arbitrage international », *Etudes à Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 403 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulz, 2002, p. 844, n° 856 et s.

157 L'article 1479, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile dispose que « les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux sentences arbitrales ».

158 L'article 515 du Code de procédure civile dispose que « Hors les cas où elle est de droit, l'exécution provisoire peut être ordonnée, à la demande des parties ou d'office, chaque fois que le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, à condition qu'elle ne soit pas interdite par la loi. Elle peut être ordonnée pour tout ou partie de la condamnation ».

159 D. Hascher, « L'exécution provisoire en arbitrage international », *Etudes à Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 403, spéc. p. 416.

160 En droit allemand, on note que l'arbitre est autorisé à prononcer un *Arrest* qui est une forme de séquestre (article 1041 al. 1, ZPO).



limite liée au recours de la force publique – *imperium merum* – et des moyens coercitifs exercés par les organes des États – *imperium summum*.

## II. — LES FONDEMENTS DE L'IMPERIUM DE L'ARBITRE

33. Deux fondements auraient pu permettre d'expliquer la source des pouvoirs de l'arbitre et notamment son *imperium* à savoir la délégation de pouvoir et l'autofondation. Malheureusement, ces deux fondements reposent sur des bases juridiques erronées. En effet, le premier<sup>161</sup> associe la justice privée à la justice étatique et postule que les mécanismes de délégation se réalisent dans des termes semblables. Or, il ne fait pas de doute que l'*imperium* du juge procède d'une délégation de pouvoir car ce dernier rend la justice au nom de l'État. Ce modèle ne peut être transposé en matière d'arbitrage car il ne peut y avoir de délégation sans enracinement dans un ordre juridique. Le second fondement<sup>162</sup> repose sur l'idée selon laquelle l'arbitre étant institutionnellement autonome, il est autofondé. Les mesures d'*imperium* de l'arbitre seraient des actes processuels privés, matériellement autonomes. Cette thèse de l'autonomie de l'arbitre est infondée en raison des nombreuses limites qui encadrent les actes de l'arbitre.

Notre conviction est que les fondements de l'*imperium* de l'arbitre ne peuvent procéder que de l'articulation entre l'autorisation des parties et la reconnaissance des États car il faut tenir compte de la nature<sup>163</sup> hybride de l'arbitrage : mi-contractuelle<sup>164</sup> et mi-juridictionnelle<sup>165</sup>.

Plus précisément, il apparaît que contrairement à la *jurisdictio* qui nécessite une reconnaissance implicite des États, l'*imperium* de l'arbitre doit recevoir une reconnaissance expresse des États intéressés. Reconnaissance, tout d'abord, car l'arbitre et ses actes ne s'intègrent pas dans un ordre étatique. Expresse, ensuite, car il s'agit de sujets qui touchent au pouvoir de commandement et de contrainte, domaines que les États entendent contrôler plus ou moins jalousement en fonction de leur tradition juridique (A). Ensuite, l'accueil des actes relevant de l'*imperium* de l'arbitre ne se réalise qu'en vertu d'une

161 Cf. notre thèse p. 189 et s.

162 Cf. notre thèse p. 228 et s.

163 En droit comparé, plusieurs conceptions de l'arbitrage sont énoncées et la question est véritablement discutée : J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, n° 1, p. 1 et s.

164 R. David, *L'Arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, n° 2, p. 9 : « une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'État ».

165 Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, LGDJ 1987, n° 785, p. 372 : « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a confiée par celles-ci ». Cette définition met l'accent sur « la mission juridictionnelle ». Cette définition met l'accent sur « la mission juridictionnelle » de l'arbitre, sans oublier l'investiture contractuelle.

autorisation implicite des parties, et cela contrairement à la *jurisdictio* qui nécessite un consentement explicite des mêmes parties. Autorisation, car l'accord des parties est une donnée essentielle de l'arbitrage. Implicite, car les parties doivent laisser les arbitres parachever leur œuvre de justice, et on présumera donc que les parties, sous certaines réserves, acquiescent à la mesure (B).

A. — *La reconnaissance expresse de l'imperium de l'arbitre par les états intéressés*

37. L'arbitrage ne peut remplir sa mission juridictionnelle sans une contribution importante de l'État en droit interne, et des États en droit international, car sans le concours des États et de ses agents, il ne peut y avoir d'exécution forcée. Plus précisément, dans les matières qui intéressent notre étude, à savoir les mesures injonctives de l'arbitre et les autres actes relevant de son *imperium*, il nous semble que le concours étatique n'est possible que si deux conditions sont réalisées. Tout d'abord, l'arbitre doit pouvoir s'appuyer, en fonction des circonstances, sur un ou plusieurs États intéressés (1). Ensuite il faut une reconnaissance expresse de ces États (2).

### 1- La détermination des États intéressés

38. Les États intéressés rassemblent les États des lieux d'exécution, l'État du siège et l'État de la loi de procédure.

En premier lieu, les États visés sont ceux qui ont vocation à octroyer l'exécution forcée de la sentence, c'est-à-dire l'*imperium merum*. En matière de sentence arbitrale en général, la prise en considération des ordres juridiques des lieux d'exécution est affirmée, notamment par la Convention de New York qui fixe dans son article V(2)(b) que le pays requis pourra refuser l'*exequatur* d'une sentence si elle est prise en violation de l'ordre public. Ainsi, les sentences arbitrales rendues dans le respect de l'ordre public des ordres juridiques des lieux d'exécution trouveront à s'intégrer sans difficulté.

En ce sens l'article 35 du Règlement de la Chambre de commerce internationale énonce que « dans tous les cas non visés expressément ci-dessus, la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale ».

En deuxième lieu, l'État du siège a une vocation légitime à être sollicité. Il en va de la volonté des parties et du rôle que cet État joue dans l'organisation de l'arbitrage et dans le recours en annulation. Néanmoins, cette place ne doit pas être surestimée car en ces matières les biens ou les preuves se trouvent généralement dans un État autre que celui qui a été choisi comme siège de l'arbitrage. Il s'agit d'obtenir une exécution dans l'ordre du lieu d'exécution, c'est-à-dire dans l'ordre juridique d'arrivée et non dans l'ordre du siège de l'arbitrage, c'est-à-dire dans l'ordre de départ. C'est en ce sens que l'article 6 de l'appendice II du Règlement de la Chambre de commerce internationale

indique que « Lors de son examen préalable des projets de sentence en vertu de l'article 27 du Règlement, la Cour prend en considération dans la mesure du possible les exigences des lois impératives du lieu de l'arbitrage ».

En troisième lieu, l'État de la loi applicable à la mesure peut aussi être visé. Une difficulté peut toutefois surgir dans la détermination de la loi applicable<sup>166</sup> car la compétence de l'arbitre pour ordonner une astreinte ou l'exécution provisoire peut ne pas être liée à son pouvoir de régler la procédure arbitrale. Par conséquent, ces mesures peuvent relever de la loi d'arbitrage du siège. Le règlement d'arbitrage choisi par les parties peut par ailleurs fonder la compétence de l'arbitre pour autant qu'il ne se heurte pas à une disposition impérative de la loi d'arbitrage.

39. Plusieurs questions ne manquent pas de se poser et qui tiennent des matières relevant de l'*imperium* de l'arbitre, les rapports entre la procédure et la culture d'un pays sont « d'une grande profondeur »<sup>167</sup> tant et si bien que les systèmes juridiques n'offrent pas et ne reconnaissent pas la même palette de mesures. Plus précisément, en matière d'administration de la preuve, de mesures provisoires et conservatoires, les États n'ont pas dans leur arsenal judiciaire des mesures du type référé provision, *freezing order*, saisie conservatoire, *injonctions anti-suit* ou bien *Anton Piller order*. Il peut donc en résulter un certain nombre de problèmes. Quelques exemples pratiques illustrent ces difficultés. Les juges étatiques doivent-ils accueillir une mesure conservatoire prononcée par un tribunal arbitral conformément au règlement d'arbitrage mais par ailleurs formellement prohibée par le Code de procédure du lieu du siège de l'arbitrage ? Qu'en serait-il si cette mesure avait vocation à être exécutée dans un ordre juridique qui reconnaît une telle mesure ? Enfin, une mesure prononcée par un tribunal arbitral doit-elle être accueillie par un juge étatique d'un ordre juridique qui ne connaît pas cette mesure ? Nous tenterons de répondre à ces questions car tous les États n'ont pas vocation à régir et à accueillir les mesures d'*imperium* de l'arbitre.

S'agissant de la première hypothèse, il faut indiquer qu'en droit italien, le code de procédure interdit à l'arbitre, en vertu de l'article 818, de prononcer des mesures provisoires. Dès lors, comment doit-on analyser une mesure provisoire ordonnée par un tribunal arbitral dont le siège est en Italie, conformément à un règlement d'arbitrage<sup>168</sup> choisie par les parties ? Il est certain que les juridictions italiennes interdiront<sup>169</sup> cette mesure provisoire rendue par l'arbitre situé en Italie. Toutefois M. Knoepfler semble limiter l'interdiction en énonçant que les parties pourraient confier à l'arbitre « le pouvoir

166 P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires » in *Études à Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, spéc. n° 10 sous note 15.

167 E. Jeuland, *Droit processuel*, op. cit., p. 15, n° 9.

168 V. not. l'article 23 alinéa 1 de la CCI et l'article 25 de la LCIA.

169 A. Carlevaris, « Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien », *Gaz. Pal., Cab. arb.*, 14-15 nov. 2001, p. 27 et s.

d'ordonner des mesures provisoires, mais en cas d'inexécution spontanée, elles ne pourraient pas s'adresser au juge étatique en vue de solliciter son appui »<sup>170</sup>. Quoi qu'il en soit, il nous semble que l'arbitre ne devrait pas prononcer une telle mesure même si les parties la réclament.

Examinons ensuite la situation à laquelle le juge français pourrait être confronté : une mesure conservatoire est prononcée par un tribunal arbitral situé en Italie au mépris de l'article 818 du code de procédure italien. Le juge français devrait-il accorder son concours et accueillir cette injonction ? Quatre arguments militent en faveur d'une réponse positive. Premièrement cette solution est fidèle à la thèse selon laquelle l'arbitre n'a pas de for et se trouve en situation d'extraterritorialité permanente, et qu'enfin le lieu de reddition de la sentence est indifférent à sa réception. Deuxièmement, la sentence opère une sorte de relocalisation dans l'ordre de l'État d'exécution. C'est du moins la position adoptée par le droit français depuis l'arrêt *Hilmarton*<sup>171</sup>. Troisièmement, les parties déterminent le siège de l'arbitrage pour des raisons qui tiennent le plus souvent au hasard ou à la neutralité de l'État du siège. Quatrièmement, l'application des lois de police ne peut être retenue dans cette hypothèse car cette interdiction ne peut être analysée, par le juge français, comme un intérêt vital de l'État italien. Il ne s'agit pas d'un principe substantiel majeur. Par conséquent, le juge français<sup>172</sup> ne doit pas refuser d'exequaturer, par principe une mesure provisoire prise par l'arbitre en violation du droit du siège de l'arbitrage même si celle-ci pourrait être contestée par un recours formé au siège de l'arbitrage.

## 2- Le caractère exprès de la reconnaissance des actes d'*imperium* de l'arbitre

40. La distinction entre *jurisdictio* de l'arbitre et *imperium* de l'arbitre est utile afin d'établir le régime de la reconnaissance des actes. La *jurisdictio* étant par définition attachée au règlement d'une prétention entre parties nécessite une reconnaissance implicite<sup>173</sup>. En revanche, les actes d'*imperium* qui pren-

170 F. Knoepfler, « Les mesures provisoires et l'arbitrage » in *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, op. cit., spéc. p. 281, n° 419.

171 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, *Rev. arb.* 1994.327, note Ch. Jarrosson ; *JDI* 1994.701, note E. Gaillard.

172 Nous reconnaissons toutefois qu'une décision opposée soit prise par une juridiction étrangère attachant toute son importance au recours en annulation éventuellement formé au siège de l'arbitrage.

173 En matière de *jurisdictio*, la reconnaissance peut être implicite. En effet, l'exécution des sentences arbitrales peut être obtenue dans près de 142 États ayant ratifié la Convention de New York du 10 juin 1958. Il n'est donc pas besoin d'une part, de rechercher si l'exécution de la sentence est possible dans tel ou tel ordre, et d'autre part, de s'interroger sur le lieu d'exécution de ces décisions. La sentence est par définition susceptible d'exécution et ce en raison de règles générales adoptées par un très grand nombre d'États. Naturellement, il faut ensuite que ces sentences arbitrales respectent les conditions internationales ou nationales de reconnaissance et d'exécution pour être définitivement consacrées.

nent forme dans des instruments processuels variés doivent faire l'objet d'une reconnaissance expresse des États intéressés. Sur le plan des principes, cela implique que seul un texte doit autoriser l'accueil par le juge étatique de l'ordre juridique visé d'une mesure d'*imperium* de l'arbitre car ces dernières sont des mesures fortement imprégnées de la culture judiciaire nationale.

Les conventions internationales ne contiennent aucune disposition relative aux mesures relevant de l'*imperium* de l'arbitre. Pourtant, ce silence doit être analysé par la très grande majorité des États ayant ratifié ces conventions comme ne faisant pas obstacle au prononcé d'injonction par l'arbitre. En effet, en affirmant dans son article 2 alinéa 3 le principe de l'effet négatif des conventions d'arbitrage, la Convention de New York du 10 juin 1958 semble toutefois autoriser implicitement les mesures provisoires et conservatoires prononcées par des arbitres.

En l'absence d'indications des grandes conventions internationales, la reconnaissance des États emprunte les formes donc spécifiques qui caractérisent l'organisation de leur droit de l'arbitrage et des voies d'exécution. Le droit anglais issu de la loi de 1996 clarifie la situation des pouvoirs de l'arbitre et reconnaît expressément à l'arbitre d'ordonner des injonctions et de prononcer des mesures provisoires. Ces pouvoirs sont prévus par les sections 38 et 39 de l'*Arbitration Act 1996* et visent en particulier le *security for cost* et la protection des moyens de preuves. En droit français, en matière d'exécution provisoire, l'article 1479 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile dispose que « les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux sentences arbitrales ». En matière d'actes d'administration judiciaire, la reconnaissance du pouvoir de l'arbitre s'effectue principalement par renvoi de l'article 1460 du Code de procédure civile aux termes duquel « les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage ».

En revanche, le silence des États sur la possibilité de l'arbitre de prononcer des mesures relevant de l'*imperium* doit être interprété strictement et conduire à une interdiction car les litigants ont besoin de certitudes et de clarté, et ce d'autant plus que les intérêts litigieux se déploient dans la sphère de l'arbitrage international. C'est en sens que la pratique de l'astreinte a été source d'ambiguïté et d'incertitude. Rappelons que la possibilité pour une partie de demander à l'arbitre d'enjoindre, au besoin sous astreinte, à la partie adverse de produire un élément de preuve a laissé à la jurisprudence le soin de déterminer les pouvoirs de l'arbitre en matière astreinte. Débattu en doctrine<sup>174</sup>, ce silence

174 Pour des analyses doctrinales : Th. Clay, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in *Les Mesures provisoires...*, op. cit. p. 9, spéc. p. 17, p. ; E. Jeuland sous CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 7 oct. 2004, *Sté Otor Participations contre SARL Carlyle*, *Rev. arb.* 2005.737, spéc. p. 744 ; M.-Cl. Rivier, « L'arbitrage et le droit des procédures civiles d'exécution », *Dr. et proc.* 2005, p. 198, spéc. n° 22 ; M. de Boissésou, *Le Droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly 1990, spéc. n° 306 ; Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 245, spéc. n° 66 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman,

a été comblé par plusieurs rares<sup>175</sup> jusqu'au célèbre arrêt *Otor*<sup>176</sup> en date du 7 octobre 2004.

### B. — *L'autorisation implicite de l'imperium de l'arbitre par les parties*

41. Il nous appartient désormais de procéder à l'étude de la place de la volonté des parties au regard des actes relevant de l'*imperium* de l'arbitre. La question essentielle est de déterminer d'une part, si les parties doivent autoriser ces mesures, et d'autre part, si l'accord peut être implicite ou explicite.

En réalité, l'enjeu est fondamental et la question complexe car il peut se présenter une opposition entre celui qui juge et celui ou ceux qui lui ont donné le pouvoir de juger, c'est-à-dire les parties à la convention d'arbitrage. Il faut alors retenir une des deux conceptions : « soit on considère que l'arbitre n'a été investi que parce que les litigants l'ont souhaité et qu'il doit donc se conformer à ce que ceux-ci décident conjointement ; soit on estime qu'une fois investi, l'arbitre doit remplir sa mission de juge, quitte à s'opposer à la volonté conjointe des deux litigants »<sup>177</sup>. La réponse à cette interrogation est difficile à trouver car elle renvoie à la notion même d'arbitrage et à sa nature : contractuelle ou juridictionnelle. En effet, les partisans de la première hypothèse sont plus favorables au rôle et au respect de la volonté des parties, alors que les tenants de la seconde conception n'hésitent pas à prendre le parti de l'arbitre.

Pour notre part, nous considérons que seule la seconde conception mérite d'être retenue car elle restitue parfaitement la dualité et la complexité de l'arbitre. L'arbitre est doté d'un pouvoir juridictionnel en vertu d'un contrat. Il n'est donc pas le subordonné des auteurs de la convention d'arbitrage mais bel et bien un juge devant s'acquitter de sa mission, à savoir trancher et donner une solution aux parties. En d'autres termes, le pouvoir de l'arbitre échappe à ceux qu'ils l'ont institué. Appliqué à la *jurisdictio* et à l'*imperium* cette position

*Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 1274 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 1959, *JCP éd. G* 1960.II.11449, note P. Mazeaud ; Ph. Théry, « *Judex Gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 477, spéc. n° 13-17 ; R. Perrot, « L'application à l'arbitrage des règles du Nouveau Code de Procédure Civile », *Rev. arb.* 1980.642, spéc. p. 645 ; J. Robert, *L'Arbitrage : droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. 1993, spéc. n° 175-176 ; E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI* 1983.293, spéc. p. 307.

175 CA Rennes, 26 oct. 1984, *Rev. arb.* 1986.441 note P. Ancel ; CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. civ., 8 juin 1990 (*Sté Hoche Friedland*), *Rev. arb.* 1990.917, obs J.-H. Moitry, C. Vergne ; CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 24 mai 1991 (*Fleury*), *Rev. arb.* 1992.636, obs. J. Pellerin ; CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. civ., 10 mars 1995 (*Tardivel*), *Rev. arb.* 1996.143, obs. Y. Derains ; *RTD com.* 1996.659 obs. J.-Cl. Dubarry, E. Loquin.

176 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. civ., 7 oct. 2004, *Sté Otor Participations contre SARL Carlyle* ; *Juris-Data* n° 2004-262342 ; *JCP G* 2005, II, n° 10071, note J.-M. Jacquet ; *Rev. arb.* 2005.737, note E. Jeuland ; *JDI* 2005.341, note A. Mourre.

177 Th. Clay, *L'Arbitre*, Dalloz, 2001, spéc. n° 802, p. 617.

fait encore plus sens car il distingue bien les deux mouvements. Le consentement des parties est, une condition essentielle au pouvoir de *jurisdictio* de l'arbitre. Sans consentement des parties, il n'est point de *jurisdictio*. En revanche, cette condition s'atténue voire disparaît en matière d'*imperium* de l'arbitre. Ainsi, une autorisation implicite ou le silence des parties peut suffire en raison d'une présomption d'acceptation des parties aux actes d'*imperium*.

Il s'agira d'étudier et de présenter, la nature de l'autorisation des parties aux mesures d'*imperium* de l'arbitre. Il apparaît que la place du consentement des parties n'a pas la même intensité en ce qui concerne, d'une part, les décisions relatives au commencement de l'instance arbitrale (1), et d'autre part, les décisions que l'arbitre peut prononcer lors de la progression de l'instance arbitrale (2). Il apparaîtra que dans les premières hypothèses, les parties conservent un pouvoir important, et pourrait-on dire, prépondérant, alors qu'elles s'effacent dans la seconde hypothèse.

### 1. L'importante place de la volonté des parties dans l'organisation de l'arbitrage

42. La détermination de la procédure d'arbitrage est libérée des contraintes de la procédure étatique. C'est ce qu'exprime, en droit français, l'article 1460, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile en affirmant que « les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage ». Ainsi, il ressort que les règles de procédure voulues par les parties s'imposent en principe aux arbitres si elles figurent dans la convention d'arbitrage. En revanche, cet article semble indiquer que l'instance arbitrale débutée, les parties ne peuvent plus imposer aux arbitres des règles dont ils ne voudraient pas. Distinguons plusieurs hypothèses en ce qui concerne la volonté des parties.

En premier lieu, il est bien clair que la volonté des parties exprimée dans la convention d'arbitrage lie en principe l'arbitre. En effet, la composante contractuelle contraint l'arbitre à respecter le cadre procédural que les parties ont prévu. L'arbitre ne peut en conséquence se détacher des stipulations de l'acte de mission ou du compromis d'arbitrage. Cette autonomie de parties<sup>178</sup> dans la détermination de la règle applicable n'est toutefois pas illimitée car les parties doivent toujours veiller à ce qu'un accord sur une disposition de procédure ne viole pas des dispositions impératives ou considérées d'ordre public par un droit étatique, notamment le droit du siège de l'arbitrage et de certaines dispositions impératives du droit du lieu d'exécution.

En deuxième lieu, il importe de déterminer si les parties peuvent, postérieurement à la constitution du tribunal arbitral, convenir d'une règle de procédure sans l'aide de l'arbitre ou, plus encore, contre son assentiment. Cette

178 D. Hascher, « Principes et pratique de la procédure dans l'arbitrage commercial international », *RCADI*, 1999, tome 279, p. 53, spéc., p. 68 et s.

question qui, semble-t-il, ne se pose en pratique que très rarement<sup>179</sup>, est conceptuellement intéressante. Il est possible de faire valoir qu'en raison de la nature conventionnelle de l'arbitrage, l'accord des parties lie le tribunal arbitral même si les règles de procédure sont modifiées ultérieurement. On peut au contraire considérer que, une fois le tribunal arbitral constitué, les parties n'ont plus la maîtrise entière de la détermination de la règle applicable car il ne s'agit plus d'un rapport juridique impliquant seulement les litigants. Par conséquent, les parties sont donc dans l'impossibilité de conclure une convention de procédure contraire à la volonté des arbitres<sup>180</sup>. Cela étant dit, les arbitres ne peuvent écarter la volonté des parties sans justifier précisément leurs motivations. Favorable à cette position, MM. Pinsolle et Kreindler énoncent pourtant que « dans cette hypothèse, la seule possibilité pour l'arbitre est probablement de démissionner car il semble difficile de concevoir qu'il puisse s'opposer à un accord des parties sur le choix de règles applicables à la procédure »<sup>181</sup>.

En troisième lieu, dans les cas où les parties n'ont pas fixé les règles procédurales, ce qui représente la grande majorité des hypothèses, le tribunal arbitral se trouve doté des pouvoirs les plus étendus pour s'acquitter de cette tâche. En matière d'arbitrage international, l'autonomie des arbitres est de ce point de vue très large puisqu'ils peuvent se référer à la loi de procédure de leur choix ou bien inventer une procédure originale. Cependant, dans la majorité des hypothèses, les parties ont fait le choix d'un règlement d'arbitrage par le recours à l'arbitrage institutionnel qui restreint la liberté des arbitres, tel que le Règlement de la Chambre de commerce internationale<sup>182</sup>.

## 2. La faible place de la volonté des parties en matière d'instruction de l'affaire

43. La place de la volonté des parties tend à se réduire très fortement en fonction de deux critères. Le premier est chronologique et postule que plus l'instance arbitrale avance et moins le consentement des parties est sollicité, au point d'être exclu lors du délibéré arbitral. Le second critère vise les mesures : la plupart des mesures relevant de l'*imperium* de l'arbitre et notamment les modes de preuve, l'audition des témoins, la forme des mémoires, le prononcé et la liquidation d'une astreinte ainsi que certaines mesures conservatoires. Il s'agit ici des pouvoirs les plus larges offerts à l'arbitre pour organiser la procédure afin qu'il puisse rendre une décision éclairée. Envisageons la place de la volonté des parties dans les règles nationales et dans les règlements d'arbitrage.

179 Les hypothèses pratiques visées concernent les prolongations de délai souhaitées par les parties, la modification du calendrier de procédure ou bien les reports d'audiences contre la volonté du tribunal arbitral.

180 P. Mayer, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure », *Rev. arb.* 1995.163.

181 Ph. Pinsolle, R. Kreindler, « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2003.41 spéc. p. 50.

182 J.-J. Arnaldez, « Réflexions sur l'autonomie et le caractère international du Règlement d'arbitrage de la CCI », *JDI* 1993.857.



44. S'agissant des règles nationales, l'idée sous-jacente est qu'il n'est pas possible de confier à un arbitre la mission de dire le droit sans lui donner en même temps le pouvoir d'organiser la procédure et d'ordonner la production des éléments de preuve qui lui seront nécessaires à cette fin. Naturellement, on observe des différences notables en droit comparé<sup>183</sup> mais la tendance générale est que le pouvoir des arbitres prime la volonté des parties dans ces matières.

45. En droit français, l'article 1460 alinéa 1 du Code de procédure civile énonce une règle de principe : « les arbitres règlent la procédure arbitrale ». Concrètement, cela signifie que l'arbitre est seul apte à tenter notamment une conciliation entre les parties, à refuser la nomination d'un expert ou à prononcer une astreinte. Pour ce qui concerne l'expertise, on peut utilement rappeler les termes de l'arrêt *ITP Interpipe* : « L'arbitre apprécie en principe l'opportunité de recourir à une mesure d'expertise comme à toute autre mesure d'instruction ; les parties n'ayant à aucun moment imposé d'ordonner une mesure d'expertise, l'arbitre n'avait donc pas l'obligation de se faire assister d'un spécialiste technicien dès lors qu'il lui était possible de faire l'économie d'une mesure qui n'est pas jugée utile »<sup>184</sup>. Approuvant cette décision, M. Jarrosson indique que « l'arbitre sait, s'il est suffisamment informé, s'il lui est nécessaire de se faire éclairer par un expert. De même, il a le pouvoir de clore les débats, lorsqu'il considère qu'il a en main les éléments propres à juger l'affaire qui lui est soumise »<sup>185</sup>.

46. En droit anglais, le mouvement est, semble-t-il, assez similaire. Les parties peuvent dessiner les contours de la mission des arbitres en général, mais ceux-ci ne doivent pas porter atteinte au pouvoir de direction du procès dont l'arbitre doit disposer pour exercer sa mission juridictionnelle. En somme, on observe un très net glissement du « contrat » vers le « statut ».

En matière d'instruction, les parties conservent des pouvoirs élargis<sup>186</sup> et peuvent refuser aux arbitres un pouvoir général de divulgation ou bien que les mesures temporaires doivent bénéficier d'un accord spécial des parties. Ainsi, en matière de mesures provisoires, l'article 39 alinéa 1 de la loi de 1996 dispose : « les parties sont libres de convenir que le tribunal arbitral aura le pouvoir d'ordonner à titre provisoire toute mesure qu'il pourrait ordonner dans la sentence définitive ». De même la section 34 de cette loi énonce : « il appartient au tribunal arbitral de régler toutes les questions de preuve et de

183 J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schultess, 2002, spéc. p. 489 n° 532 et s.

184 CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 3 déc. 1998, *Société ITP Interpipe c/ Hunting Oilfield Services (HOS)*, *Rev. arb.* 1999.601 spéc. p. 607 et s., obs Ch. Jarrosson.

185 Ch. Jarrosson sous CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 3 déc. 1998, *Société ITP Interpipe c/ Hunting Oilfield Services (HOS)*, *Rev. arb.* 1999.601 spéc. p. 620.

186 V. not. M. Hunter, « *The Procedural Powers of Arbitrators under the English 1996 Act* », *Arb. Interna.* 1997, vol. 13, n° 4, p. 345.

procédure, sous réserve du droit des parties de convenir de toute disposition à cet égard ». MM. Hunter et Landau indiquent à ce propos que « le tribunal arbitral ne peut modifier un accord des parties concernant la procédure arbitrale »<sup>187</sup> et que « un tel accord peut intervenir à tout moment de la procédure et en dépit des mesures antérieures prises par le tribunal arbitral »<sup>188</sup>.

Toutefois les parties doivent s'effacer devant les pouvoirs de l'arbitre en raison sans doute du glissement du droit anglais vers le renforcement de l'arbitrage<sup>189</sup>. C'est en ce sens que la section 33 de l'*Arbitration Act 1996* affirme le pouvoir des arbitres de régler la procédure de manière appropriée aux circonstances de l'affaire. Analysons plus précisément le pouvoir des arbitres en matières de *discovery*, dont on relèvera au préalable que celle-ci intègre bien la catégorie de l'*imperium* de l'arbitre. En effet, définie comme « a legal procedure invoked before a trial to inform both parties of the facts in a dispute in order to narrow the issues and save time and expense »<sup>190</sup>, la *discovery*<sup>191</sup> implique l'idée de commandement. Ainsi, lorsque l'arbitre enjoint à une partie de produire une pièce et de la communiquer à son adversaire, il n'utilise pas son pouvoir de *jurisdictio*, mais exerce le pouvoir de police du procès qui est attaché à sa fonction de juge. En ce sens, ce pouvoir participe de l'*imperium* de l'arbitre car il se rattache à sa mission et ne relève ni de l'*imperium merum*, ni encore moins de l'*imperium summum*.

Ainsi, en opérant un transfert de pouvoirs<sup>192</sup> des juridictions étatiques vers les juridictions arbitrales, la réforme de l'*Arbitration Act 1996* a accordé, semble-t-il, un pouvoir renforcé à l'arbitre dans sa section 33 intitulée « Devoir général du tribunal arbitral ». Plus précisément, les arbitres dis-

187 M. Hunter, T. Landau, *The English Arbitration Act 1996, Text and Notes*, Kluwer Law International 1998, spéc. p. 117.

188 M. Hunter, T. Landau, *The English Arbitration Act 1996, Text and Notes*, Kluwer Law International 1998, spéc. p. 117.

189 M. Mustill, S. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Butterworths, 2<sup>e</sup> éd. 1989, spéc. p. 291 et s, et 54 et s. ; M. Hunter, « The Procedural Powers of Arbitrators under the English 1996 Act », *Arb. Interna.* 1997, vol. 13, n° 4, p. 345, spéc. p. 359.

190 K. Seide, *Dictionary of Arbitration and its Terms : Labor, Commercial, International : A Concise Encyclopedia of Peaceful Dispute Settlement*, Oceana 1970, p. 73 définit la *discovery* comme : « A legal procedure invoked before a trial to inform both parties of the facts in a dispute in order to narrow the issues and save time and expense ».

191 Il faut remarquer qu'à la suite de la réforme de Lord Woolf, « *discovery* » a été remplacée par « *disclosure* » : *English Civil Procedure Rules 1999*, n°31 : « *Disclosure and Inspection of documents* ».

192 Sous l'empire de l'*Arbitration Act 1950* les arbitres disposaient de pouvoirs limités en matière d'administration de la preuve. La section 12 de l'*Arbitration Act 1950* disposait que les arbitres étaient autorisés « *to require evidence and documents from the parties (12 (1)); to examine witnesses on oath or affirmation (12 (2)); to administer oaths or to take affirmations from witnesses (12 (3))* ». Aussi, l'assistance de la High Court of Justice était-elle nécessaire pour obtenir et contrôler la production des preuves. Ainsi, les pouvoirs de commandement, de contrainte et de juridiction étaient presque exclusivement détenus par les tribunaux étatiques qui appréciaient la régularité des preuves soumises aux arbitres.

posent de pouvoirs généraux posés par les articles 38<sup>193</sup> (5), 38 (4), 38 (6), 34 (2(d)), 41 et 42.

Du droit anglais, on peut conclure que les parties peuvent dessiner les contours de la mission des arbitres en général, mais ceux-ci ne doivent pas porter atteinte au pouvoir de direction du procès dont l'arbitre doit disposer pour exercer sa mission juridictionnelle. C'est en ce sens que l'arbitre dispose de pouvoirs étendus en matière d'administration de la preuve.

47. Dans l'arbitrage institutionnel, les règlements d'arbitrage offrent généralement aux arbitres en matière d'instruction une très grande liberté<sup>194</sup>. L'article 20 alinéa 1 du Règlement de la CCI affirme que « le tribunal arbitral instruit la cause dans les plus brefs délais par tous moyens appropriés ». Aussi, l'arbitre est-il, dans le cadre des arbitrages de la CCI, autorisé à procéder à l'audition de témoins, à une visite sur les lieux, à demander une expertise. Cependant en pratique « on ne peut toutefois pas s'attendre à ce que les arbitres instruisent "d'office" la cause. Les différentes cultures juridiques nationales convergent plutôt en ce sens que les parties doivent fournir tous les éléments de fait dans la procédure et apporter etalement les preuves »<sup>195</sup>.

48. Il semble légitime que la sentence arbitrale qui incorpore une décision en violation de la volonté des parties expose la sentence à l'annulation sur l'un des moyens visés par le Code de procédure civile. Toutefois, il ressort d'une analyse du droit positif<sup>196</sup> de l'arbitrage interne et international que les recours en annulation ne peuvent aboutir que dans des hypothèses très exceptionnelles qui nécessitent l'existence d'un grief très sérieux et d'une certaine loyauté dans l'action en annulation formée par le demandeur. On peut indiquer qu'en ce sens la Cour d'appel de Paris a jugé dans l'affaire *Matra* que le fait pour les

193 La section 38 (5) de l'*Arbitration Act 1996* dispose « *direct that a party or witness be examined on oath or affirmation, and to administer the oath or affirmation* » ; M. Hunter, T. Landau, *The English Arbitration Act 1996, Text and Notes*, Kluwer Law International 1998, spéc. p. 121 : « le tribunal arbitral peut ordonner qu'une partie ou un témoin dispose sous serment ou sur l'honneur et peut, à cette fin, leur faire prêter tout serment ou recueillir toute déclaration sur l'honneur qui s'imposent ».

194 On peut citer à titre d'exemple l'article 24 alinéa 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI : « A tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet ». L'article 14 alinéa 1 du Règlement de la LCIA énonce que « *unless otherwise agreed by the parties under Article 14.1 the Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge its duties allowed under such law(s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may determine to be applicable ; and at all time the parties shall do everything necessary for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration* ». En matière de production d'éléments de preuve, ce même Règlement énonce, dans son article 22 alinéa 1 (e) : « *to order any party to produce to the Arbitral Tribunal, and to the other parties inspection, and to supply copies of, any documents or classes of documents in their possession, custody or control which the Arbitral Tribunal determines to be relevant* » ainsi que « *(d) to order any party to make any property, site or thing under its control and relating to the subject matter of the arbitration available for inspection by the Arbitral Tribunal, any other party, its expert or any expert to the Arbitral Tribunal* ».

195 E. Schäfer, H. Verbist, Ch. Imhoos, *L'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en pratique*, Bruylant 2002 spéc. p. 127.

196 Cf. notre thèse p. 391 et s.

arbitres de ne pas communiquer aux parties ou à leurs conseils les procès-verbaux d'audition des témoins n'était pas de nature à causer grief à la société dans la mesure où « les avocats ayant pris des notes ont pu discuter dans leur mémoire des déclarations des sachants et que la sentence n'est pas susceptible d'appel »<sup>197</sup>. En sens contraire, les mesures *ex parte* ordonnées par un tribunal arbitral sous la forme d'une sentence arbitrale justifient une annulation de la sentence car celles-ci sont prises sans l'audition de la partie contre laquelle la mesure est requise<sup>198</sup> et donc en violation du principe du contradictoire. Toutefois, si les parties ont autorisé expressément dans la convention d'arbitrage l'arbitre à prononcer des mesures *ex parte*, cet accord s'imposera à l'arbitre et celui-ci pourra éventuellement s'en saisir sans encourir une annulation de sa sentence<sup>199</sup>. En somme, il ressort de cette brève analyse que le risque d'une annulation d'une sentence arbitrale sur le fondement du non-respect du contradictoire semble devoir être écarté si les arbitres ont bien pris en considération la position des deux parties avant de prononcer la mesure d'instruction contestée.

## CONCLUSION

49. Cette étude nous a permis de penser l'*imperium* et l'arbitre de concert. Elle nous a conduit à sérier une notion, à définir une méthode, et à proposer une définition.

50. Nous avons tout d'abord recherché l'origine de l'*imperium* et nous avons trouvé une notion évolutive, polysémique et plurielle. Opérant une sélection, il nous a toutefois été possible de dégager l'idée selon laquelle l'*imperium lato sensu* se décline en *jurisdictio*, *imperium mixtum*, *imperium merum* et *imperium summum*.

51. Nous avons ensuite cherché les voies de l'*imperium* et nous y avons trouvé les « chemins de l'État » car l'*imperium* date, en France, de la création de l'État moderne. En effet, c'est à partir de Bodin et de la Révolution que l'*imperium* devient véritablement l'exercice concret de la puissance de l'État. Exprimant plus précisément la souveraineté et la territorialité, l'*imperium* de l'État s'est imposé comme un absolu, bornant ainsi les pouvoirs des autorités extérieures à l'État concerné. Ainsi, contrairement aux juges et aux organes étatiques nationaux, les tribunaux étatiques étrangers et les arbitres ne peuvent enfreindre cette souveraineté territoriale. C'est en ce sens que la doctrine a nié pendant longtemps l'existence de l'*imperium* de l'arbitre.

197 CA Paris, 28 avril 1988, *Matra*, *Rev. arb.* 1989.280, note L. Idot.

198 Pour des études : v. not. F. Knoepfler, « Les mesures provisoires et l'arbitrage », *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, *op. cit.*, spéc. p. 290, n° 448 ; G. Kaufmann-Kohler, « Mesures *ex parte* et injonctions préliminaires » in *Les Mesures provisoires... op. cit.* p. 91.

199 G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, series Oxford Private International Law, OUP, 2004, spéc. n° 3.109 p. 95.

En outre, nous avons intégré les déclinaisons de l'*imperium* romain et la réalité de la souveraineté territoriale des États aux mécanismes du droit processuel. Il a, dès lors, été possible de déterminer que l'*imperium summum*, instrument de la souveraineté territoriale de l'État, rassemble la contrainte matérielle et l'exécution forcée exercées par un organe de contrainte. Reposant tout autant sur la souveraineté et la territorialité des États, l'*imperium merum* est le pouvoir le plus absolu à la disposition notamment du juge étatique, en ce sens qu'il est un ordre enjoignant aux organes de contrainte de prêter leur concours à l'exécution de la décision. Détachée du carcan de la souveraineté et de la territorialité, la *jurisdictio* est le pouvoir de dire le droit. Dans le même sens mais pourvu d'une nature et d'un régime différents, l'*imperium mixtum* se définit comme l'injonction purement intellectuelle adressée aux parties ou à des tiers sans que soit impliquée la contrainte matérielle.

52. L'existence de cette notion permet de déterminer si une mesure qui n'entre pas dans la catégorie de la *jurisdictio* est susceptible d'être prononcée par l'arbitre. On y découvre que rien ne s'oppose à ce qu'un arbitre prononce et liquide une astreinte. De même, l'arbitre est libre d'enjoindre aux parties de produire des pièces ou des éléments de preuve, d'ordonner la constitution d'une garantie financière, de prononcer une saisie conservatoire, et même d'imposer d'office l'exécution provisoire de sa sentence.

53. Cependant, en recherchant les fondements de l'*imperium* de l'arbitre, nous nous sommes trouvé confronté à deux obstacles. Premièrement, le pouvoir de l'arbitre est limité par les cultures processuelles des États impliqués. C'est à cet effet que le concours des notions d'« État de justice » et d'« État administratif » peut être utilement sollicité pour expliquer dans quelle mesure les États acceptent de se retirer au profit de l'institution arbitrale. « État administratif », la France n'entend conserver que son *imperium*, et peut s'effacer au profit de l'arbitre car en définitive ce seront toujours ses émanations, moyennant une reconnaissance expresse, qui accorderont la force et l'exécution à la sentence arbitrale. À l'inverse, garants de l'« État de justice », les juges anglais, disposant de la balance et du glaive, montrent quelques réticences à accepter une certaine forme de concurrence et, partant, un pouvoir injonctif à l'arbitre. Deuxièmement, l'*imperium* de l'arbitre se trouve borné par le pouvoir des parties, substantiellement diminué par la progression de la procédure arbitrale, car l'*imperium* de l'arbitre est le prolongement de la *jurisdictio*.

54. Pour tenter d'éclairer la pratique, nous avons proposé une méthode qui se décompose en deux étapes : la première est générale et ne vise qu'à rechercher la catégorie dans laquelle s'inscrit ladite mesure. La seconde est particulière et s'analyse au regard du contexte de l'arbitrage et des États intéressés.

En premier lieu, il convient de rechercher si une mesure peut intégrer l'*imperium* de l'arbitre. La démarche est la suivante. Premièrement la mesure relève-t-elle de l'*imperium summum* ? Une réponse négative nous conduit à la deuxième étape. Deuxièmement, ladite mesure est-elle associée à l'*imperium*

*merum* ? Une réponse négative conduirait inévitablement l'arbitre à refuser de prononcer la mesure et nécessiterait une analyse approfondie. Troisièmement, la mesure demandée conduit-elle à déterminer la solution au fond ? Si tel est le cas, la mesure intègre la *jurisdictio* offerte éventuellement à l'arbitre selon un régime particulier. À défaut, la mesure est assurément une mesure d'*imperium mixtum*. Quatrièmement, il reste à savoir si ladite mesure intègre l'*imperium* de l'arbitre. Il convient ainsi de se livrer à plusieurs examens. La mesure est-elle demandée après l'investiture du tribunal arbitral ? La question est-elle arbitrale ? L'acte sollicité ne concerne-t-il que les parties ? La mesure visée peut-elle être prononcée sans que l'arbitre s'affranchisse du principe du contradictoire et des droits de la défense ? Une réponse positive à ces quatre questions conduit à inscrire la mesure dans l'*imperium* de l'arbitre.

La seconde étape débute alors et renvoie aux circonstances particulières de l'arbitrage car, comme nous avons tenté de l'établir, l'*imperium* de l'arbitre ne peut procéder que d'une articulation entre la reconnaissance expresse des États intéressés et l'autorisation des parties. Aussi faut-il analyser les règles procédurales spécifiques des États d'exécution et du siège. C'est ainsi qu'il convient de s'assurer que la mesure sera accueillie ou éventuellement convertie selon les règles locales. Ensuite, il faut s'assurer que la volonté des parties est bien respectée, même si celle-ci est limitée. En pratique, la question est la suivante : un accord précédant le début de l'instance arbitrale est-il intervenu entre les parties ? Si tel est le cas, alors celui-ci lie l'arbitre. Dans le cas contraire, les arbitres ne seront pas tenus par cette convention et disposeront d'une grande liberté dans le choix des mesures à adopter.

55. Cette recherche nous a permis de dégager la définition de l'*imperium* de l'arbitre, essentielle d'une part, pour tracer la frontière entre les pouvoirs qui relèvent de l'institution arbitrale et ceux qui ne le sont pas, et d'autre part, pour déterminer dans quelles conditions l'arbitre se trouve doté de ces pouvoirs.

Ainsi, « issu concurremment d'une autorisation implicite des parties et d'une reconnaissance expresse des États intéressés, l'*imperium* de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des États ».

dchekroun@escp-eap.net